الهداية

شرح بداية المبتدي

لشيخ الإسلام

برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

اعتنى به وعلق عليه

عبد السلام عبد الهادي شنار

طبعة مقابلة على عدة نسخ خطية

المجلد الثالث

كتاب: البيوع، الصرف، الكفالة، الحوالة، أدب القاضي، الشهادات
الرجوع عن الشهادة، الوكالة، الدعوى، الإقرار، الصلح، المضاربة
الوديعة، العارية، الهبة، الإجارات، المكاتب، الولاء، الإكراه

دار الدقاق

دار الفيحاء

الطبعة الأولى

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م

ISBN: 978-9933-531-21-8



دار الدقاق للنشر والتوزيع

سورية - دمشق - حلبوني
هاتف: +963112246031
 : +963932509370

لبنان - بيروت - فردان
هاتف: +9611798485
 : +96178813911

daraldkak@gmail.com

دار الفيحاء للنشر والتوزيع

سورية - دمشق - حلبوني
هاتف: +963112238135
: +963967509000

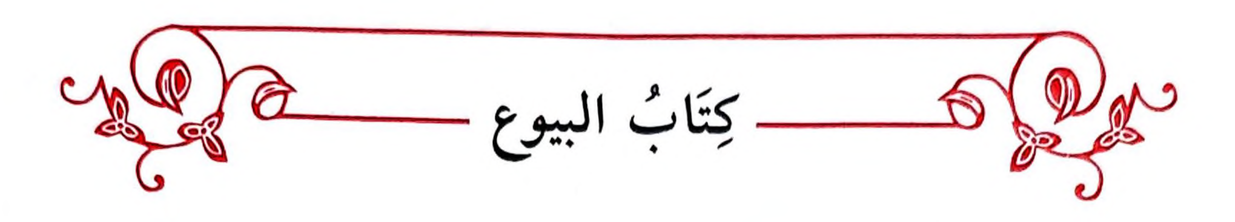
لبنان - بيروت - فردان
هاتف: +9611798485
: +96178813911

daralfaiha@hotmail.com


الهداية
شرح بداية المبتدي



كتاب البيوع



كِتَابُ البيوع

قال: البَيعُ يَنعقِدُ بالإيجابِ والقَبُولِ إذا كانا بِلَفْظَي الماضي. ....

(كتاب البيوع[١])

قال: (البَيعُ يَنعقِدُ بالإيجابِ والقَبُولِ[٢] إذا كانا بِلَفْظَي الماضي)، مِثلُ أن يقولَ أحدُهما: «بعتُ» والآخَرُ: «اشتريتُ»؛ لأنَّ البيعَ إنشاءُ تَصرُّفٍ، والإنشاءُ يُعرَفُ بالشَّرعِ، والموضوعُ للإخبارِ قد استُعمِلَ فيه، فينعقِدُ به.

ولا يَنعقِدُ بلفَظَينِ أحدُهما لفظُ المُستقبَلِ والآخَرُ لفظُ الماضي، بخلافِ النِّكاحِ، وقد مرَّ الفرقُ هناك[٣].

وقولُهُ: «رضيتُ بكذا» أو «أعطيتُكَ بكذا» أو «خُذْهُ بكذا» في معنى قوله: «بِعتُ» و«اشتريتُ»؛ لأنَّه يُؤدِّي معناه، والمعنى هو المُعتَبَرُ في هذه العقود، ولهذا[٤] يَنعقِدُ بالتَّعاطي في النَّفيسِ والخَسيسِ، هو الصَّحيحُ؛ لِتحقُّقِ المُراضاةِ.

---

(١) البيع لغة: مبادلةُ شيءٍ بشيءٍ، سواء كان مالا أم لا، بدليل ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشۡتَرَىٰ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ﴾ [التّوبَة: ١١١].

وهو من الأضداد، ويستعملُ متعدِّياً لمفعولين؛ يقال: «بعتُكَ الشَّيءَ» وقد تدخل «مِنْ» على المفعول الأوَّل على وجه التَّأكيد، فيقال: بعتُ من زيدٍ الدَّارَ. وربَّما دخلت اللام، فيقال: بعت لك الشَّيءَ، فهي زائدةٌ. وابتاع الدَّارَ بمعنى اشتراها.

وشرعاً: مبادلةُ مالٍ بمالٍ بالتَّراضي.

(٢) الإيجاب: هو ما يُذكَرُ أوَّلاً مِن كلامِ أحدِ العاقِدَين. والقَبُول: هو ما يُذكَرُ ثانياً.

(٣) انظر (٢/ ٧) قوله: «إنَّ هذا توكيلٌ بالنِّكاح، والواحدُ يتولَّى طَرَفي النِّكاح».

(٤) أي: ولِكَون المعنى هو المُعتَبَر في هذه العقود.

وإذا أوجَبَ أحدُ المُتعاقِدَينِ البيعَ فالآخَرُ بالخيارِ: إنْ شاءَ قَبِلَ في المَجلِسِ، وإن شاءَ رَدَّ، ....

قال: (وإذا أوجَبَ أحدُ المُتعاقِدَينِ البيعَ فالآخَرُ بالخيارِ: إنْ شاءَ قَبِلَ في المَجلِسِ، وإن شاءَ رَدَّ)، وهذا خيارُ القَبولِ؛ لأنَّه لو لم يَثبُتْ له الخيارُ يَلزمُهُ حكمُ البيعِ من غيرِ رِضاهُ.

وإذا لم يُفِدِ الحُكمَ بِدُون قَبولِ الآخَرِ، فَلِلمُوجِبِ أن يَرجِعَ عنه قبلَ قَبولِهِ؛ لِخُلُوِّهِ عن إبطالِ حقِّ الغيرِ.

وإنَّما يَمتدُّ إلى آخِرِ المَجلسِ؛ لأنَّ المجلسَ جامعُ المُتفرِّقاتِ، فاعتُبِرَت ساعاتُهُ ساعةً واحدةً دفعاً لِلعُسرِ وتحقيقاً لِليُسرِ.

والكتابُ كالخِطاب، وكذا الإرسالُ حتَّى اعتُبِرَ مَجلِسُ بُلُوغِ الكتابِ وأداءِ الرِّسالةِ[1].

وليس له أن يَقبَلَ في بعضِ المَبيعِ، ولا أن يَقبلَ المشترَى ببعضِ الثَّمنِ؛ لِعَدَمِ رِضا الآخَرِ بِتفرُّقِ الصَّفقةِ[2]، إلَّا إذا بيَّنَ ثمَنَ كلِّ واحدٍ؛ لأنَّه صَفَقاتٌ معنىً[3].

---

(١) وذلك أن يكتب: أمَّا بعدُ، فقد بِعتُكَ عبدي فلاناً بألف درهم، أو قال لرسوله: بِعتُ هذا مِن فُلانٍ الغائبَ بألفِ درهمٍ، فاذهبْ فأخبِرْهُ بذلك، فوَصَلَ الكتابُ إلى المَكتُوب إليه، وأخبَرَ الرَّسولُ المُرسَلَ إليه، فقال في مجلس بلوغِ الكتابِ والرِّسالة: اشتريتُ أو قَبِلتُ، تَمَّ البيعُ بينهما.

(٢) الأصل في الصَّفقة هو ضربُ اليد على اليد في البيع، ثمَّ جُعلت عبارة عن نفس العقد. انظر المُغرِب.

(٣) في البناية: أي: لأنَّ البيع الذي فيه بيانُ ثمنِ كلِّ واحد صفقاتٌ من حيث المعنى، وقال الكاكي: مرادُه إذا تكرَّر لفظُ البيع بأن قال: «بعتُ هذا بكذا، وبعتُ هذا بكذا»، لأنَّ به تتعدَّدُ الصَّفقةُ لا ببيان ثمن كلِّ واحد، فلو قال: «بعتهما بألف، هذا بخمس مائة وهذا بخمس مائة» فقَبِل أحدَهما لا يصحُّ.

وفتح القدير: والوجهُ الاكتفاءُ بمجرَّد تفريقِ الثَّمن؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ فائدته ليس إلَّا قصدُهُ بأن يبيعَ منه أيَّهما شاء، وإلَّا فلو كان غرَضُه أن لا يبيعهما منه إلا جملةً لم تكن فائدةٌ لتعيين ثمنِ كلٍّ منهما.

وأيُّهما قامَ عنِ المَجلِسِ قبلَ القَبُولِ بَطَلَ الإيجابُ. ....

قال: (وأيُّهما قامَ عنِ المَجلِسِ قبلَ القَبُولِ بَطَلَ الإيجابُ)؛ لأنَّ القيامَ دليلُ الإعراضِ والرُّجُوعِ، وله ذلك على ما ذكرناه[1].

وإذا حَصَلَ الإيجابُ والقَبولُ لَزِمَ البيعُ، ولا خِيارَ لِواحِدٍ منهما إلَّا مِنْ عَيبٍ، أو عَدَمِ رُؤيةٍ.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: يَثبُتُ لكلِّ واحدٍ منهما خيارُ المَجلِسِ؛ لقوله ﷺ: «المُتبايعان بالخيارِ ما لم يتفرَّقا»[3].

ولنا: أنَّ في الفَسخِ إبطالَ حقِّ الآخَرِ فلا يجوزُ.

---

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّه لو لم يثبت له الخيار ...» ص (٨).

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٦٠) دار الفكر: (يثبتُ خيارُ المجلِسِ في أنواع البيع: كالصَّرفِ والطَّعامِ بطعامٍ والسَّلم والتَّولية والتَّشريكِ وصُلحِ المعاوضة).
وفي (٢/ ٦١): (ويَنقطِعُ) خيارُ المجلس (بالتَّخايرِ) من العاقدين (بأن يختارا لُزُومه) أي: العقدَ، بهذا اللَّفظ كقولهما: تَخايرنا، أو اخترنا، أو غيرِهِ كقولهما: أمضينا العقد، أو ألزمناه، أو أجزناه، أو أبطلنا الخيارَ، أو أفسدناه؛ لأنَّه حقُّهما فيسقطُ بإسقاطهما كخيار الشرط.
(فلو اختار أحدُهُما) لُزومَه (سقَطَ حقُّه) من الخيار (وبقي) الحقُّ فيه (للآخَرِ) كخيار الشَّرط، وقيل: لا يبقى لأنَّ خيارَ المجلسِ لا يتبعَّضُ في الثُّبوتِ فلا يتبعَّضُ في السُّقوط.
(و) يبطلُ أيضاً خيارُ المجلسِ (بالتَّفرُّقِ ببَدَنِهما) عن مجلسِ العقدِ، (فلو طال مُكثُهُما أو قاما وتَماشيا منازِلَ دامَ خيارُهُما)، وإن زادت المدَّةُ على ثلاثة أيَّامٍ، أو أعرَضَا عمَّا يتعلَّق بالعقد، حتَّى لو تبايع شخصانِ مُلتَصِقان دامَ خيارُهُما ما لم يختارا أو أحدهما. اهـ.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ النسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب: وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما (٤٤٨٣) عن عَمرِو بنِ شُعيب عن أبيه عن جدِّه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «المُتبايعانِ بالخيارِ ما لم يَتفرَّقا، إلَّا أن يكونَ صفقةَ خيارٍ، ولا يحلُّ له أن يُفارِقَ صاحِبَهُ خشيةَ أن يَستقيلَهُ».
وهو عند البخاري في البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٢٠٠٥)، ومسلم في البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٥٣١) عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «المُتبايعانِ كلُّ واحدٍ منهما بالخيارِ على صاحبِهِ ما لم يَتفرَّقا، إلَّا بيع الخيار»، واللفظ للبخاري.

والأعواضُ المُشارُ إليها لا يُحتاجُ إلى مَعرِفَةِ مِقدارِها في جَوازِ البَيعِ، والأثمانُ المُطلَقَةُ لا تَصحُّ إلا أن تكونَ معروفةَ القَدْرِ والصِّفةِ. ويَجُوزُ البيعُ بِثَمَنٍ حالٍّ ومُؤَجَّلٍ، إذا كان الأجَلُ مَعلُوماً. ....

والحديثُ مَحمولٌ على خيارِ القَبولِ. وفيه إشارةٌ إليه، فإنَّهما مُتبايعان حالةَ المُباشرةِ لا بعدها، أو يَحتمِلُه فَيُحمَلُ عليه، والتَّفرُّقُ فيه تفرُّقُ الأقوالِ.

قال: (والأعواضُ المُشارُ[1] إليها لا يُحتاجُ إلى مَعرِفَةِ مِقدارِها في جَوازِ البَيعِ)؛ لأنَّ بالإشارةِ كفايةً في التَّعريفِ، وجهالةُ الوَصفِ[2] فيه لا تُفضِي إلى المُنازعةِ.

(والأثمانُ المُطلَقَةُ لا تَصحُّ[3] إلا أن تكونَ معروفةَ القَدْرِ والصِّفةِ[4])؛ لأنَّ التَّسليمَ والتَّسلُّمَ واجبٌ بالعقدِ، وهذه الجهالةُ مُفضيةٌ إلى المُنازعةِ، فَيَمتنِعُ التَّسليمُ والتَّسلُّمُ، وكلُّ جَهالةٍ هذه صِفَتُها تَمنعُ الجوازَ، هذا هو الأصلُ.

قال: (ويَجُوزُ البيعُ بِثَمَنٍ حالٍّ ومُؤَجَّلٍ، إذا كان الأجَلُ مَعلُوماً)؛ لإطلاقِ قولِهِ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[البَقَرَة: ٢٧٥]، وعنه ﷺ: «أنَّه اشترى من يهوديٍّ طعاماً إلى أجلٍ مَعلومٍ ورَهَنَهُ دِرعَهُ»[5].

---

(١) سواء كانت مبيعاتٍ كالحبوب والثِّيابِ، أو أثماناً كالدَّراهم والدَّنانير، إلَّا أنَّ الإشارةَ إلى الدَّراهم كالتَّنصيص عليها، وهو ينصرف إلى الجياد، لذا لو أراه دراهم وقال: «اشتريته بهذه» فوجدها زُيوفاً أو نَبَهرجةً، كان له أن يَرجع بالجياد. ولو قال: «اشتريتها بهذه الصُّرَّة من الدَّراهم» فوجد البائع ما فيها خلافَ نَقدِ البلد، فله أن يَرجِع بنَقدِ البلد؛ لأنَّ مُطلَق الدَّراهم في البيعِ يَنصرِفُ إلى نَقدِ البلد، وإن وجدها نَقْدَ البلدِ جاز ولا خيار للبائع. فتح.

(٢) المراد بالوصف هنا «القدر». فتح بتصرف.

(٣) أي: الأثمانُ المُطلَقَةُ عن الإشارة لا يصحُّ بها العقد إلا ...

(٤) معروفة القدر كخمسة دراهم مثلاً، وكعشرة أكرار حنطة مثلاً. ومعروفة الصِّفة كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية، وكذا حنطة بَحيريَّة أو صَعيديَّة، وهذا لأنَّها إذا كانت الصِّفةُ مَجهولةً تتحقَّق المُنازعةُ في وَصْفِها. فتح بتصرف.

(٥) أخرج البخاري في السلم، باب: الرهن في السلم (٢١٣٤)، ومسلم في المساقاة، باب: الرهن

وَمَنْ أَطلَقَ الثَّمَنَ في البَيعِ كانَ على غالِبِ نَقْدِ البَلَدِ، فإنْ كانتِ النُّقودُ مُختَلِفَةً فالبَيْعُ فاسِدٌ إلَّا أنْ يُبَيِّنَ أحدَها. ويَجُوزُ بَيْعُ الطَّعامِ والحُبوبِ ....

ولا بدَّ أن يكون الأجلُ مَعلوماً؛ لأنَّ الجهالةَ فيه مانعةٌ من التَّسليمِ الواجبِ بالعقدِ، فهذا يُطالِبُهُ به في قريبِ المُدَّةِ، وهذا يُسلِّمُه في بَعيدِها.

قال: (ومَنْ أطلَقَ الثَّمَنَ في البَيعِ[1] كانَ على غالِبِ نَقْدِ البَلَدِ)؛ لأنَّه المُتعارَفُ، وفيه التَّحرِّي للجوازِ فَيُصرَفُ إليه.

(فإنْ كانتِ النُّقودُ مُختَلِفَةً[2] فالبَيْعُ فاسِدٌ إلَّا أنْ يُبَيِّنَ أحدَها)، وهذا إذا كان الكلُّ في الرَّواج سواءً؛ لأنَّ الجَهالةَ مُفضيةٌ إلى المُنازعةِ، إلا أن تَرتفِعَ الجَهالةُ بالبيان، أو يكونَ أحدُها أغلَبَ وأروَجَ فحينئذٍ يُصرَفُ إليه تَحرِّياً للجواز

وهذا[3] إذا كانت مختلفةً في الماليَّةِ، فإنْ كانت سواءً فيها - كالثُّنائيِّ والثُّلاثيِّ والنُّصرتي اليوم بِسَمرقند، والاختلافِ بين العدالى بفرغانة - جاز البيعُ إذا أُطلِق اسمُ الدِّرهمِ، كذا قالوا، ويَنصرِفُ إلى ما قُدِّرَ به من أيِّ نوعٍ كان؛ لأنَّه لا مُنازعةَ ولا اختلافَ في الماليَّة.

قال: (ويَجُوزُ بَيْعُ الطَّعامِ[4] والحُبوبِ[5] ....

= وجوازه في الحضر والسفر (١٦٠٣) عن عائشة رضي الله عنها: «أنَّ النَّبيَّ ﷺ اشترى من يهوديٍّ طعاماً إلى أجل معلوم وارتَهَن منه دِرعاً من حديد»، واللفظ للبخاري.

(١) أي: أَطلقَهُ عن ذِكْر الصِّفة بعدَ ذِكْر العددِ، بأن قال: «عشرة دراهم» مثلاً، دون أن يذكر صفتها من كونها بخاريةً أو سمرقنديَّةً مثلا.

(٢) يعني: في الماليَّة، كالذَّهب المصريِّ والمغربيِّ، فإنَّ المصريَّ أفضلُ في الماليَّة من المَغربيِّ، إذا فُرِضَ استواؤهما في الرَّواج. عناية.

(٣) أي: فسادُ البيعِ إذا كانت مختلفةً في المالية، يعني: مع الاستواء في الرَّواج.

(٤) الطَّعام: هو الحنطةُ ودَقيقُها خاصَّةً في العُرفِ الماضي، كما يدلُّ عليه حديث الفِطْرة: «كنَّا نُخرِج على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من طعامٍ أو صاعاً من شعير». فتح.

(٥) عطفُ العامِّ على الخاصِّ، أو يُقدَّر: وكذا باقي الحبوب، فلا يتناول الطَّعام.

مُكايَلَةً ومُجازَفَةً، ويَجوزُ بإناءٍ بِعَينِهِ لا يُعرَفُ مِقدارُهُ، وبِوَزنِ حَجَرٍ بِعَينِهِ لا يُعرَفُ مِقدارُهُ. ....

مُكايَلَةً ومُجازَفَةً[1])، وهذا[2] إذا باعَهُ بخلاف جِنْسِهِ؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النَّوعانِ فَبِيعُوا كيف شِئْتُم بعدَ أن يكون يداً بيدٍ»[3]، بخلافِ ما إذا باعَهُ بجِنْسِهِ مُجازَفَةً؛ لِما فيه من احتمال الرِّبا، ولأنَّ الجهالةَ غيرُ مانعةٍ من التَّسليمِ والتَّسلُّمِ فشابَهَ جَهالةَ القيمةِ[4].

قال: (ويَجوزُ بإناءٍ بِعَينِهِ لا يُعرَفُ مِقدارُهُ، وبِوَزنِ حَجَرٍ بِعَينِهِ لا يُعرَفُ مِقدارُهُ)[5]؛ لأنَّ الجَهالةَ لا تُفضي إلى المنازعة؛ لِما أنَّه يُتعجَّل فيه التَّسليمُ فَيَندُرُ هلاكُهُ قبلَهُ[6].

---

(١) أي: بلا كيلٍ ولا وزن.

(٢) يعني: البيعُ مُجازَفَةً مقيَّدٌ بغير الأموال الرِّبويَّة إذا بِيعَتْ بجنسها، أمَّا الأموالُ الرِّبويَّةُ إذا بِيعَتْ بجنسها فلا يجوز مُجازفةً لاحتمال الرِّبا، وهو مانعٌ كحقيقةِ الرِّبا.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ٤٤٩): غريب بهذا اللفظ. وأخرج مسلم في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا (١٥٨٧) عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهبِ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ، والبُرُّ بالبُرِّ، والشَّعيرُ بالشَّعيرِ، والتَّمرُ بالتَّمر، والمِلحُ بالمِلحِ، مِثلاً بِمِثلٍ، سواءً بسواءٍ، يداً بيدٍ، فإذا اختَلَفَت هذه الأصنافُ فَبِيعُوا كيف شِئْتُم إذا كان يداً بيدٍ». والحديث رواه الجماعة إلا البخاري.

(٤) أي: شابهت جهالةُ المجازفةِ جهالةَ القيمةِ، بأن اشترى شيئاً بدرهم ولم يدرِ قيمتَهُ أزيدَ منه او أنقص، جاز؛ لأنَّ هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، والمانعُ الجهالةُ المُفضيةُ إلى المنازعة. بناية.

(٥) هذا إذا لم يَحتمِلِ الإناءُ النُّقصانَ، بأن لا يَنكبِسَ ولا يَنقبِضَ، كأن يكون من خَشَبٍ أو حديد. وتقييدُ البعضِ «بأنْ لا يَحتمِلَ الحجرُ التَّفتُّتَ» ردَّه في فتح القدير، وذلك لأنَّ البيع بوزن حجرٍ بعينهِ لا يصحُّ إلَّا بشَرطِ تَعجيلِ التَّسليمِ، وأيَّده في البحر وقال عنه: حسن جيد. وقد أشار المصنِّف إلى شرط التَّعجيل بقوله: لما أنَّه يتعجَّل فيه التسليم.

(٦) نصَّ الفقهاء على أنَّ هذا البيع غيرُ لازم، لذا كان للمشتري الخيارُ فيهما، وسَمَّوا هذا الخيارَ بخيار الكشف. انظر ابن عابدين (٧/ ٦٢) عالم الكتب الرياض.

وَمَنْ باع صُبْرَةَ طعامٍ، كلَّ قَفيزٍ بِدِرهَمٍ، جازَ البيعُ في قَفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفةَ، إلَّا أنْ يُسمِّيَ جُملَةَ قُفْزانِها. وقالا: يَجوزُ في الوَجْهينِ. ومَنْ باعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كلَّ شاةٍ بِدرهَمٍ فَسَدَ البَيْعُ في جَمِيعِها عند أبي حنيفة، وكذلك مَنْ باعَ ثوباً مُذارَعَةً، كلَّ ذراعٍ بِدرهَمٍ، ولم يُسَمِّ جُملةَ الذُّراعانِ، وكذا كُلُّ مَعدودٍ مُتفاوتٍ،

بخلاف السَّلَم؛ لأنَّ التَّسليمَ فيه متأخِّرٌ، والهلاكُ ليس بنادرٍ قبلَهُ، فتتحقَّقُ المُنازعة. وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يجوزُ في البيع أيضاً، والأوَّلُ أصحُّ وأظهرُ.

قال: (وَمَنْ باع صُبْرَةَ طَعامٍ[1]، كلَّ قَفيزٍ بِدِرهَمٍ، جازَ البيعُ في قَفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفةَ، إلَّا أنْ يُسمِّيَ جُملَةَ قُفْزانِها. وقالا: يَجوزُ في الوَجْهينِ).

له: أنَّه تعذَّرَ الصَّرفُ إلى الكُلِّ؛ لِجَهالةِ المَبيعِ والثَّمنِ، فَيُصرَفُ إلى الأقلِّ وهو معلومٌ، إلَّا أن تزولَ الجَهالةُ بتسميةِ جَميعِ القُفزانِ، أو بالكيل في المَجلِسِ، وصار هذا كما لو قال: «لفلانٍ عليَّ كلُّ درهم» فعليه درهمٌ واحدٌ بالإجماع.

ولهما: أنَّ الجهالةَ بِيَدِهما إزالَتُها[2]، ومِثلُها غيرُ مانعٍ، وكما إذا باع عبداً من عبدين على أنَّ المشتريَ بالخيارِ.

ثمَّ إذا جاز في قَفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة، فَلِلمُشتري الخيارُ؛ لِتَفرُّقِ الصَّفقةِ عليه، وكذا إذا كِيلَ في المَجلِسِ أو سَمَّى جُملةَ قُفزانِها؛ لأنَّه عَلِمَ ذلك الآنَ فله الخيارُ، كما إذا رآهُ ولم يكنْ رآهُ وقتَ البيعِ.

قال: (وَمَنْ باعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كلَّ شاةٍ بِدرهَمٍ فَسَدَ البَيْعُ في جَمِيعِها عند أبي حنيفة، وكذلك مَنْ باعَ ثوباً مُذارَعَةً، كلَّ ذراعٍ بِدرهَمٍ، ولم يُسَمِّ جُملةَ الذُّراعانِ، وكذا كُلُّ مَعدودٍ مُتفاوتٍ[3]، ....

---

(١) أراد صبرةَ طعامٍ مشاراً إليها. والصُّبرة: هي الطَّعامُ المَجموع، سُمِّيت بذلك لإفراغ بعضها على بعض.

(٢) بأن يكيلا أو يَزِنا في المجلس، والجهالة التي هي كذلك لا تفضي إلى المنازعة.

(٣) أي: متفاوت في القيمة، كالبطيخ والرُّمَّان والسَّفرجل.

وعندهما: يَجوزُ في الكلّ، وعِندَهُ يَنصرِفُ إلى الواحِدِ. ومَنِ ابتاعَ صُبْرَةَ طَعامٍ على أنَّها مائةُ قَفيزٍ بِمائةِ دِرهَمٍ، فَوَجَدَها أقلَّ، كان المُشتري بالخِيارِ: إنْ شاءَ أخَذَ المَوجُودَ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ فَسَخَ البيعَ، وإنْ وَجَدَها أكثَرَ فالزِّيادةُ للبائعِ. ومَنِ اشْتَرَى ثَوباً على أنَّهُ عَشْرَةُ أذرعٍ بِعَشَرَةِ دراهِمَ، أو أرضاً على أنَّها مائةُ ذراعٍ بمائةِ درهمٍ، فَوَجَدَها أقلَّ، فالمُشتري بالخيارِ: إنْ شاءَ أخَذَها بِجُملةِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ، ....

وعندهما: يَجوزُ في الكلِّ؛ لِما قلنا[1]، (وعِندَهُ يَنصرِفُ إلى الواحِدِ) لِما بيَّنَّا[2]، غيرَ أنَّ بيعَ شاةٍ من قَطيعِ غَنَمٍ وذراعٍ من ثَوبٍ، لا يَجوزُ لِلتَّفاوتِ، وبَيعُ قَفيزٍ من صُبْرةٍ يَجوزُ لِعَدَمِ التَّفاوتِ، فلا تُفضي الجَهالةُ إلى المُنازعةِ فيه، وتُفضِي إليها في الأوَّل، فَوَضُحَ الفَرقُ.

قال: (ومَنِ ابتاعَ صُبْرَةَ طَعامٍ على أنَّها مائةُ قَفيزٍ بِمائةِ دِرهَمٍ، فَوَجَدَها أقلَّ، كان المُشتري بالخِيارِ: إنْ شاءَ أخَذَ المَوجُودَ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ فَسَخَ البيعَ[3])؛ لِتَفرُّقِ الصَّفقةِ عليه قبلَ التَّمامِ، فلم يَتِمَّ رِضاهُ بالموجودِ، (وإنْ وَجَدَها أكثَرَ فالزِّيادةُ للبائعِ)؛ لأنَّ البيعَ وَقَعَ على مِقدارٍ مُعيَّنٍ، والقَدْرُ ليس بِوَصفٍ[4].

(ومَنِ اشْتَرَى ثَوباً على أنَّهُ عَشَرَةُ أذرعٍ بِعَشَرَةِ دراهِمَ، أو أرضاً على أنَّها مائةُ ذراعٍ بمائةِ درهمٍ، فَوَجَدَها أقلَّ، فالمُشتري بالخيارِ: إنْ شاءَ أخَذَها بِجُملةِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ)؛ لأنَّ الذَّرعَ وَصْفٌ في الثَّوب؛ ألا يرى أنَّه عبارةٌ عن الطُّولِ والعَرْضِ، ....

---

(١) أي: من أنَّ إزالةَ الجَهالةِ بيدهما.

(٢) وهو قوله: «ينصرف إلى الأقلِّ وهو معلوم».

(٣) وكذا في كلِّ مَكيلٍ أو موزونٍ ليس في تبعيضِهِ ضَررٌ.

(٤) أي: والقدرُ الزَّائدُ على المقدار المُعيَّن ليس بوصف، وعليه فالبيعُ لا يتناوَلُهُ، لأنَّ كلُّ ما وقع على مِقدارٍ مُعيَّنٍ لا يتناول غيرَهُ إلَّا إذا كان وَصْفاً. عناية بتصرف.

وإنْ وَجَدَها أكثَرَ مِنَ الذِّراعِ الذي سَمَّاهُ، فهو لِلمُشتَري ولا خِيارَ لِلبائِعِ. ولو قال: «بِعتُكَها على أنَّها مائةُ ذراعٍ بمائةِ دِرهَمٍ، كلَّ ذراعٍ بِدِرهَمٍ» فَوَجَدَها ناقِصَةً، فالمشتري بالخيار: إنْ شاءَ أَخَذَها بِحِصَّتِها مِنَ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ، ....

والوصفُ لا يُقابِلُهُ شيءٌ من الثَّمنِ[1]، كأطرافِ الحَيوانِ[2]، فلهذا يأخُذُهُ بكلِّ الثَّمنِ، بخلاف الفَصلِ الأوَّل[3]؛ لأنَّ المِقدارَ يُقابِلُهُ الثَّمنُ، فلهذا يأخُذُهُ بِحِصَّتِهِ، إلَّا أنه يَتَخيَّرُ لِفَواتِ الوَصفِ المذكورِ؛ لِتَغيُّرِ المُعقودِ عليه، فَيَختَلُّ الرِّضا.

قال: (وإنْ وَجَدَها أكثَرَ مِنَ الذِّراعِ الذي سَمَّاهُ، فهو لِلمُشتَري ولا خِيارَ لِلبائِعِ)؛ لأنَّه صِفةٌ، فكان بِمَنزلةِ ما إذا باعَهُ مَعِيباً، فإذا هو سليمٌ.

(ولو قال: «بِعتُكَها على أنَّها مائةُ ذراعٍ بمائةِ دِرهَمٍ، كلَّ ذراعٍ بِدِرهَمٍ» فَوَجَدَها ناقِصَةً، فالمشتري بالخيار: إنْ شاءَ أَخَذَها بِحِصَّتِها مِنَ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ)؛ لأنَّ الوَصْفَ وإن كان تابعاً، لكنَّه صارَ أصلاً بإفرادِهِ بِذِكْرِ الثَّمنِ، فَيُنَزَّلُ كلُّ ذراعٍ منزلةَ ثوبٍ؛ وهذا لأنَّه لو أخَذَهُ بكلِّ الثَّمنِ لم يكنْ آخِذاً لكلِّ ذراعٍ بدرهم.

---

(١) كلُّ ما هو وصفٌ في المبيع لا يقابلُه شيءٌ من الثَّمن إلا إذا كان مقصوداً بالتَّناول، كأن يجعل كلَّ ذراعٍ مبيعاً، كما في قوله: «بعتك هذا الثَّوبَ مائة ذراعٍ بمائة درهم، كلَّ ذراع بدرهم» فيصير الذَّرعُ أصلاً بعدما كان وصفاً.
ومن الفروق التي ذكرها الفقهاء للتَّمييز بين الوصف والأصل، أنَّ كلَّ ما تعيَّب بالتَّشقيص والزِّيادةِ والنُّقصانِ فهو وصفٌ، وما ليس كذلك فهو أصل.
ولمزيد تفصيل انظر عا (٧٠/٧) ط عالم الكتب.

(٢) في فتح القدير: حتَّى إنَّ مَن اشترى جاريةً فاعورَّت في يد البائع قبلَ التَّسليم، لا يَنقُصُ شيءٌ من الثَّمن، أوِ اعورَّت عند المشتري جاز له أن يبيعها مرابحة بلا بيانٍ. وإنَّما يتخيَّر لفواتِ الوَصفِ المَشروطِ المرغوب فيه، كما إذا اشتراه على أنَّه كاتب فوجَدَه لا يُحسِنُ الكتابة.

(٣) وهو فصل الكيل، فإنَّه يأخذ الموجود بحصَّته من الثَّمن.

وإنْ وَجدَها زائدةً فهُو بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَ الجَمِيعَ كلَّ ذراعٍ بِدرهَمٍ، وإنْ شاءَ فَسَخَ البَيْعَ. ومَنِ اشْتَرَى عَشْرَةَ أذرُعٍ مِنْ مائةِ ذِراعٍ مِنْ دارٍ أو حَمَّامٍ، فالبَيْعُ فاسِدٌ عند أبي حنيفة، وقالا: هو جائزٌ. وإنِ اشْتَرَى عَشَرَةَ أسْهُمٍ مِنْ مائةِ سَهْمٍ جازَ في قَولِهِمْ جَمِيعاً. ....

(وإنْ وَجدَها زائدةً فهُو بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَ الجَمِيعَ كلَّ ذراعٍ بدرهَمٍ، وإنْ شاءَ فَسَخَ البَيْعَ[1])؛ لأنَّه إنْ حَصَل له الزِّيادةُ في الذَّرع تَلزَمُه زيادةُ الثَّمن، فكان نَفْعاً يَشُوبُهُ ضررٌ فَيتخيَّر، وإنَّما يَلزَمُه الزِّيادةُ لِما بيَّنَّا أنَّه صار أصلاً، ولو أخَذَهُ بالأقلِّ لم يكنْ آخِذاً بالمَشرُوط[2].

قال: (ومَنِ اشْتَرَى عَشْرَةَ أذرُعٍ مِنْ مائةِ ذِراعٍ مِنْ دارٍ أو حَمَّامٍ، فالبَيعُ فاسِدٌ عند أبي حنيفة، وقالا: هو جائزٌ. وإنِ اشْتَرَى عَشَرَةَ أسْهُمٍ مِنْ مائةِ سَهْمٍ جازَ في قَولِهِمْ جَمِيعاً).

لهما: أنَّ «عَشْرةَ أذرع من مائة ذراع» عُشْرُ الدَّار، فأشْبَهَ «عَشْرةَ أسهم [من مائة سهمٍ][3]».

وله: أنَّ «الذِّراعَ» اسمٌ لِما يُذْرَع به، واستُعِير لِما يَحُلُّه الذِّراعُ، وهو المُعَيَّن دونَ المَشاع[4]، وذلك غيرُ مَعلُومٍ[5]، بخلاف السَّهم[6].

(١) إنَّما قال في الأولى: «ترك» وقال ههنا: «فسخ»؛ لأنَّ البيع لمَّا كان ناقِصاً في الأولى، لم يوجد المَبيعُ، فلم يَنعقِدِ البيعُ حقيقةً، وكان أخْذُ الأقلِّ كالبيع بالتَّعاطي، وفي الثَّانية وُجِد المَبِيعُ مع زيادةٍ هي تابعةٌ في الحقيقة. اهـ.
عا عن الدرر (٧/٧٠) عالم الكتب.

(٢) وهو أن يكون كلُّ ذراع بدرهم.

(٣) زيادة من (ج).

(٤) أي: ما يحلُّه الذِّراعُ هو المعيَّن، فكان المسمَّى من العقد جزءاً معيَّناً، والمشاعُ ليس كذلك.

(٥) أي: ما يحلُّه الذِّراعُ غيرُ معلومٍ موضِعُه، فلا يدرى من أيِّ جانب هو، فيبطل العقدُ للجهالة.

(٦) لأنَّ السَّهم اسمٌ للجُزءِ الشَّائع، فكان المَبيعُ عشرة أجزاءٍ شائعةٍ من مائةِ سهمٍ.

ولوِ اشْتَرَى عِدْلاً على أنَّه عَشَرَةُ أثوابٍ، فإذا هو تِسعَةٌ أو أحَدَ عَشَرَ، فَسَدَ البَيعُ، ولو بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوبٍ ثَمَناً جازَ في فَصْلِ النُّقْصانِ بِقَدْرِهِ ولَهُ الخيارُ، ولم يَجُزْ في الزِّيادَةِ. ....

ولا فَرْقَ عند أبي حنيفة بينَ ما إذا عَلِم جُملَةَ الذُّرعان أو لم يَعْلَم[1]، هو الصَّحيح - خلافاً لِما يقولُهُ الخَصَّافُ - لِبقاء الجَهالة.

(ولوِ اشْتَرَى عِدْلاً[2] على أنَّه عَشَرَةُ أثوابٍ، فإذا هو تِسعَةٌ أو أحَدَ عَشَرَ، فَسَدَ البَيعُ)؛ لِجَهالةِ المَبيعِ أو الثَّمنِ، (ولو بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوبٍ ثَمَناً جازَ في فَصْلِ النُّقْصانِ بِقَدْرِهِ ولَهُ الخيارُ، ولم يَجُزْ في الزِّيادَةِ)؛ لِجهالةِ العَشرةِ المَبيعَةِ.

وقيل: عند أبي حنيفة لا يَجوزُ في فَصْلِ النُّقصانِ أيضاً[3]، وليس بصحيح.

بخلاف ما إذا اشترى ثَوْبَينِ على أنَّهما هَرَوِيَّان، فإذا أحَدُهما مَرْوِيٌّ، حيثُ لا يجوزُ فيهما وإنْ بيَّنَ ثَمَنَ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه جعَلَ القَبولَ في المَرْوِيِّ شَرْطاً لِجَواز العَقدِ في الهَرَوِيِّ، وهو شرطٌ فاسدٌ، ولا قبول يُشترَطُ في المعدوم فافترقا.

---

(١) أي: بيَّنَ جملةَ الذُّرعان كأن قال: «عشرة أذرع من مائة ذراع»، أو لم يُبيِّن كأن قال: «عشرة أذرع من هذه الدَّار»، فالعقدُ فاسد في الحالين عند الإمام، خلافاً لما قاله الخَصَّاف من أنَّ محلَّ الفساد عند أبي حنيفة فيما إذا لم يسمِّ جملةَ الذُّرعان. لذا ردَّ المصنف قولَه.

(٢) «عِدْل» الشَّيء - بالكسر - مِثلُهُ من جِنْسِه، وفي المِقدار أيضاً. ومنه «عِدْلا الجَمَل». المغرب.
وصورتُها أن يقول:
«بِعتُكَ ما في هذا العِدْل على أنَّه عشَرَةُ أثوابٍ بمائةِ درهم» مثلاً، ولم يُفصِّل لكلِّ ثوبٍ ثمناً، بل قال: المجموعُ بالمجموع، فإذا هو تسعةٌ أو أحدَ عَشر، فسد البيعُ. فتح.

(٣) وجهه: أنَّه جمَعَ بين الموجودِ والمَعدومِ في صَفقةٍ، فكان قَبولُ البَيعِ في المَعدومِ شَرْطاً لِقَبولِهِ في الموجود، فيفسُدُ العَقدُ.
ثمَّ بيَّن المصنِّف أنَّه ليس بصحيح؛ لأنَّ ثمَنَ النَّاقصِ معلومٌ قطعاً فلا يَضرُّ الباقي.

وَلَوِ اشتَرَى ثوباً واحداً على أنَّه عَشْرةُ أذرُعٍ، كلُّ ذراع بدرهَمٍ، فإذا هو عَشَرَةٌ وِنصفٌ أو تِسعَةٌ ونِصفٌ: قال أبو حنيفة في الوجهِ الأوَّلِ: يأخُذُه بعَشَرَةٍ من غيرِ خيارٍ، وفي الوجهِ الثَّاني: يأخُذُهُ بِتِسعَةٍ إنْ شاءَ. وقال أبو يوسف في الوجهِ الأوَّل: يأخُذُهُ بأحَدَ عشَرَ إنْ شاءَ، وفي الثَّاني: يأخُذُهُ بِعشَرَةٍ إن شاءَ. وقال محمد: يأخُذُه في الأوَّل بعَشَرَةٍ ونِصْفٍ إنْ شاءَ، وفي الثَّاني: بِتِسعَةٍ ونِصْفٍ ويُخَيَّرُ.

(وَلَوِ اشتَرَى ثوباً واحداً على أنَّه عَشْرةُ أذرُعٍ، كلُّ ذراعٍ بدرهَمٍ، فإذا هو عَشَرَةٌ ونِصفٌ أو تِسعَةٌ ونِصفٌ):

- (قال أبو حنيفة في الوجهِ الأوَّلِ: يأخُذُهُ بعَشَرَةٍ من غيرِ خيارٍ، وفي الوجهِ الثَّاني: يأخُذُهُ بِتِسعَةٍ إنْ شاءَ).

- (وقال أبو يوسف في الوجهِ الأوَّل: يأخُذُهُ بأحَدَ عشَرَ إنْ شاءَ، وفي الثَّاني: يأخُذُهُ بِعشَرَةٍ إن شاءَ).

- (وقال محمد: يأخُذُه في الأوَّل بعَشَرَةٍ ونِصْفٍ إنْ شاءَ، وفي الثَّاني: بِتِسعَةٍ ونِصْفٍ ويُخَيَّرُ)؛ لأنَّ من ضرورةِ مُقابَلَةِ الذِّراعِ بالدِّرهمِ مُقابَلَةُ نصفِهِ بنصفِهِ، فَيَجري عليه حُكمُها.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنَّه لمَّا أفرَدَ كلَّ ذراعٍ ببَدَلٍ نُزِّلَ كلُّ ذراعٍ منزلةَ ثوبٍ على حِدَة، وقد انتقص[1].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ الذِّراعَ وَصْفٌ في الأصل[2]، وإنَّما أخَذَ حُكمَ المِقدارِ بالشَّرط[3]، وهو[4] مُقيَّدٌ بالذِّراع، فعند عَدَمِهِ عادَ الحُكمُ إلى الأصل.

---

(١) والثوبُ إذا بيع على أنَّه كذا ذراعٌ، فنقص ذراعٌ، لا يسقطُ شيءٌ من الثَّمن، ولكن يثبتُ له الخيار. بناية.

(٢) أي: لا يقابِلُهُ شيءٌ من الثَّمن.

(٣) أي: أخذ حكمَ الكيل والوزن بالشَّرط، بأن قال: كلُّ ذراع بدرهم.

(٤) أي: والشَّرطُ مقيَّدٌ بالذِّراع، ونِصفُ الذِّراع ليس بذراع، فكان الشَّرطُ معدوماً، وزال مُوجِبُ كونِهِ =

وقيل: في الكِرباسِ الذي لا يتفاوَتُ جَوانِبُهُ، لا يَطيبُ لِلمُشتري ما زادَ على المشروط؛ لأنَّه بمنزلةِ المَوزُونِ حيثُ لا يَضرُّهُ الفَصلُ، وعلى هذا قالوا: يجوزُ بيعُ ذراع منه.

أصلاً، فعاد الحكم إلى الأصل، وهو الوصفُ، فصارتِ الزِّيادةُ على العشرةِ والتِّسعةِ، كزيادةِ صفةِ الجَودةِ، فسَلِمَ له مَجَّاناً. عناية.

فصل

ومَنْ باعَ داراً دَخَلَ بِناؤُها في البَيعِ وإنْ لم يُسَمِّهِ. ومَنْ باعَ أرضاً دَخَلَ ما فيها مِنَ النَّخلِ والشَّجَرِ وإنْ لَمْ يُسَمِّهِ، ولا يَدخُلُ الزَّرعُ في بَيْعِ الأرضِ إلَّا بالتَّسميةِ. ومَنْ باعَ نَخْلاً أو شَجراً فيه ثَمَرٌ، فَثَمَرَتُهُ لِلبائعِ، إلَّا أنْ يَشتَرِطَ المُبتاعُ، ....

(فصل)

[في بيع العقار][1]

(ومَنْ باعَ داراً دَخَلَ بِناؤُها في البَيعِ وإنْ لم يُسَمِّهِ)؛ لأنَّ اسمَ الدَّارِ يَتناولُ العَرَصَةَ والبِناءَ في العُرْفِ، ولأنَّه مُتَّصلٌ بها اتِّصالَ قَرارٍ[2]، فيكونُ تَبَعاً له[3].

(ومَنْ باعَ أرضاً دَخَلَ ما فيها مِنَ النَّخلِ والشَّجَرِ وإنْ لَمْ يُسَمِّهِ)؛ لأنَّه متَّصِلٌ بها للقرار، فأشبَهَ البناءَ.

(ولا يَدخُلُ الزَّرعُ في بَيْعِ الأرضِ إلَّا بالتَّسميةِ)؛ لأنَّه متَّصِلٌ بها للفَصلِ، فشابَهَ المَتاعَ الذي فيها.

(ومَنْ باعَ نَخْلاً أو شَجراً فيه ثَمَرٌ، فَثَمَرَتُهُ لِلبائعِ، إلَّا أنْ يَشتَرِطَ المُبتاعُ)؛ لقوله ﷺ: ....

---

(١) زيادة من (أ).

(٢) المتَّصلُ اتِّصال قرار: هو ما وُضِعَ لا لأن يَفصِلَهُ البَشر.

(٣) ههنا كلام هام ومفيد ذكره ابن عابدين رحمه الله، وإليك نصَّه: يدخلُ الحجارةُ المَخلُوقةُ والمُثبَتَةُ في الأرض والدَّار لا المَدفونةُ، يدلُّ عليه قولهم: لوِ اشترى أرضاً بِحُقوقها وانهَدَمَ حائطٌ منها، فإذا فيه رَصاصٌ أو ساجٌ أو خشَبٌ، إنْ من جُملةِ البناءِ كالذي يكونُ تحتَ الحائطِ يدخُلُ، وإنْ شيئاً مُودَعاً فيه فهو للبائع، وإن قال البائع: «ليس لي» فحكمُهُ حكمُ اللُّقطة.
فقولهم: «شيئاً مُودَعاً» يدخُلُ فيه الأحجارُ المدفونةُ، ويقع كثيراً في بلادنا أنَّه يَشتري الأرضَ أو الدَّارَ، فيرى المُشتري فيها بعدَ حَفرِها أحجارَ المَرْمَرِ والكذان والبلاط، والحكمُ فيه: إن كان مبنيَّاً فللمشتري، وإنْ موضوعاً لا على وَجهِ البناءِ فللبائع، وهي كثيرةُ الوقوعِ فاغتَنِمْ ذلك.
انظر كماله (٧/ ٧٥) ط عالم الكتب.

ويُقال للبائعِ: اِقْطَعْها وسَلِّمِ المَبِيعَ. ....

«مَنِ اشترى أرضاً فيها نَخْلٌ فالثَّمرةُ للبائع، إلَّا أن يَشترِطَ المُبتاعُ»[1]؛ ولأنَّ الاتِّصالَ وإنْ كان خِلقةً فهو لِلقَطْع لا للبقاء، فصار كالزَّرع.

(ويُقال للبائعِ: اِقْطَعْها وسَلِّمِ المَبِيعَ)، وكذا إذا كان فيها زَرْعٌ؛ لأنَّ مِلكَ المُشتري مَشغُولٌ بِمِلكِ البائع، فكان عليه تَفرِيغُهُ وتَسليمُهُ، كما إذا كان فيه متاعٌ.

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[2]: يُترَكُ حتَّى يَظهَرَ صلاحُ الثَّمرِ ويُستَحْصَدَ الزَّرعُ؛ لأنَّ الواجبَ إنَّما هو التَّسليمُ المعتادُ، والمُعتادُ أنْ لا يُقطَعُ كذلك، وصار كما إذا انقضَتْ مدَّةُ الإجارةِ وفي الأرض زَرْعٌ.

قلنا: هناك التَّسليمُ واجبٌ أيضاً، حتَّى يُترَكَ بأجرٍ، وتَسليمُ العِوَضِ كتسليم المُعوَّض[3].

ولا فرقَ بين ما إذا كان الثَّمرُ بحالٍ له قيمةٌ أو لم يكن، في الصَّحيح، ويكونُ في الحالَينِ للبائعِ؛ لأنَّ بَيْعَه يَجوزُ في أصحِّ الرِّوايتين، على ما نُبيِّن، فلا يدخلُ في بَيع الشَّجرِ مِنْ غيرِ ذِكْرٍ.

وأمَّا[4] إذا بِيعَتِ الأرضُ وقد بَذَرَ فيها صاحِبُها ولم يَنبُتْ بَعْدُ، لم يَدخُلْ فيه؛ لأنَّه مُودَعٌ فيها كالمَتاع.

(١) أخرج البخاري في الشروط، باب: إذا باع نخلا قد أبرت (٢٥٦٧)، ومسلم في البيوع، باب: من باع نخلا عليها تمر (١٥٤٣) عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَن باع نخلاً قد أُبِّرت، فثَمَرتُها للبائع إلا أن يَشترِط المُبتاع».

(٢) قال في المجموع (١١/ ٣٩٤) دار الفكر: عندنا لا يُؤمرُ البائعُ بِقَطعِ الزَّرع الذي له إبقاؤه إلى أوانِ الحصادِ، وعند وقتِ الحصادِ يُؤمر بالقطعِ والتَّفريغِ، ويُجبر البائعُ عليه وعليه تسويةِ الأرض، وعليه قلعُ العُروقِ التي يَضرُّ بقاؤها بالأرض. اهـ.

(٣) العِوَضُ: الأجر. والمُعوَّض: الأرض.

(٤) عطف على قوله: «ولا فرق» يعني: الثَّمرُ لا يدخل في البيع وإنْ لم يكن له قيمة، وأمَّا إذا بيعت الأرض...

وَمَنْ باعَ ثَمَرَةً لم يَبْدُ صَلاحُها، أو قد بَدا، جازَ البيعُ، ....

ولو نَبَتَ ولم تَصِرْ له قِيمةٌ: فقَدْ قِيل: لا يَدخُلُ فيه، وقد قِيل: يدخُلُ فيه. وكأنَّ هذا بناءٌ على الاختلاف في جَوازِ بَيعِهِ قبلَ أنْ تَنالَهُ المَشافِرُ والمَناجِلُ[1].

ولا يَدخُلُ الزَّرعُ والثَّمرُ بِذِكرِ الحُقوقِ والمَرافِقِ؛ لأنَّهما ليسا منهما[2]. ولو قال: «بكلِّ قليلٍ وكَثيرٍ هو له فيها ومنها[3]، من حقوقها» أو قال: «مِنْ مَرافِقِها» لم يَدخُلا فيه؛ لِما قلنا. وإنْ لم يَقُل: «مِن حُقوقِها، أو مِن مَرافِقِها» دَخَلا فيه.

وأمَّا الثَّمرُ المَجذُوذُ والزَّرعُ المَحصودُ، فهو بمنزلةِ المَتاع، لا يدخُلُ إلَّا بالتَّصريح به.

قال: (وَمَنْ باعَ ثَمَرَةً لم يَبْدُ صَلاحُها[4]، أو قد بَدا، جازَ البيعُ)؛ لأنَّه مالٌ متقوِّم، إمَّا لِكَونِهِ مُنتَفَعاً به في الحال، أو في الثاني[5]. وقد قيل: لا يجوزُ قبل

---

(١) يعني: فمَنْ جَوَّز بَيعَهُ قبلَ أن تنالَهُ المَشافِرُ والمَناجِلُ، لم يجعَلْهُ تابعاً لِغَيره، ومَن لم يُجوِّزْه جَعَلَه تابعاً. عناية.

(٢) يعني: إذا باع أرضاً فيها زرعٌ وشَجَرٌ وعليه ثمرٌ، أو باعَ شجراً فقط وعليه ثمر، وقال: بِعتُها أو اشتريتُها بجميع حُقوقِها ومَرافِقِها، لا يدخل الزَّرعُ والثَّمرُ بذلك؛ لأنَّهما ليسا من الحقوق والمرافق.

(٣) التَّقدير: أن يقول: بعتُ الأرضَ أو الشَّجرَ بكلِّ قليلٍ أو كثير هو للبائع في الأرض، وبكلِّ قليلٍ أو كثيرٍ هو للبائع - أيضاً - في الشَّجر.
بهذا تدرك أنَّ قوله: «فيها» يرجع إلى الأرض التي فيها زرعٌ، وقوله: «منها» يرجع إلى الأشجار التي فيها ثمر.

(٤) ومعنى بدوِّ الصَّلاح عندنا: أن تأمَنَ الثَّمرةُ العاهَةَ والفَسادَ.

(٥) أي: أو منتفع به في الحال الثاني، فصار كبيع حَجَر أو مولودٍ وُلِدَ من ساعتِهِ أو مُهرٍ، فإنَّه غير منتفَعٍ به حالاً، ولكنَّه منتفَعٌ به مآلاً.

وعلى المُشترِي قَطْعُها في الحال، وإنْ شَرَط تَرْكَها على النَّخيل فَسَدَ البيعُ. ......

أن يَبدُوَ صلاحُها، والأوَّلُ أصحُّ. (وعلى المُشترِي قَطْعُها في الحال[١]) تفريغاً لِمِلْك البائع.

وهذا[٢] إذا اشتراها مُطلَقاً أو بِشَرطِ القَطْع، (وإنْ شَرَط تَرْكَها على النَّخيل فَسَدَ البَيعُ)؛ لأنَّه شَرطٌ لا يقتضيه العقدُ، وهو شَغْلُ مِلكِ الغَيرِ، أو هو صَفقةٌ في صَفقةٍ، وهو إعارةٌ أو إجارةٌ في بَيعٍ.

وكذا بَيعُ الزَّرع بِشَرطِ التَّركِ[٣]؛ لِما قلنا.

وكذا إذا تَناهَى عِظَمُها[٤] عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لِما قلنا، واستحسَنَهُ محمد رَحِمَهُٱللَّهُ للعادة[٥]، بخلاف ما إذا لم يَتناهَ عِظَمُها[٦]؛ لأنَّه شَرَطَ فيه الجُزءَ المَعدُومَ، وهو الذي يَزِيدُ لِمَعنى في الأرض أو الشَّجر.

ولو اشتراها مُطلَقاً وتَرَكَها بإذنِ البائع طابَ له الفَضْلُ، وإنْ تَرَكَها بِغَيرِ إذنِهِ تَصدَّقَ بما زادَ في ذاتِهِ[٧]؛ لِحُصولِهِ بِجِهةٍ مَحظورةٍ، وإنْ تَرَكَها بعدما تَناهى عِظَمُها، لم يَتصَدَّق بشيءٍ؛ لأنَّ هذا تغيُّرُ حالةٍ لا تَحقُّقُ زيادةٍ[٨].

---

(١) أي: لزوماً إذا طالبه المشتري بذلك، أمَّا لو اشتراها بدون شَرطِ البقاء، ولم يُطالِبْه البائعُ بِقَطعها، فإنَّه يطيب له الفَضلُ كما سيأتي قريبا معك.

(٢) إشارة إلى الجواز.

(٣) أي: وكذا يَفسُد البيعُ لو قال المشتري: اشتريتُ الزَّرع على أنِّي اتركُه إلى وقتِ حَصادِهِ.

(٤) أي: وكذا يفسُدُ البيع إذا تناهى عِظَمُها وشرَطَ تَرْكَها.

(٥) أي: يجوزُ عند محمد استحساناً. وفي البحر: في الأسرار: الفتوى على قول محمد، وبه أخذ الطَّحاوي، وفي المنتقى ضَمَّ إليه أبا يوسف، وفي التُّحفة: والصَّحيح قولهما. اهـ، قال ابن عابدين: حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجَّح على قولهما. (٧/ ٨٧) ط عالم الكتب.

(٦) حيث يفسد عنده أيضاً.

(٧) وتُعرف الزِّيادةُ بالتَّقويم يومَ البيع والتَّقويمِ يوم الإدراك، فالزِّيادةُ تفاوتُ ما بينهما.

(٨) لكن يبقى عليه إثمُ غصبِ المنفعة، كما في الفتح.

ولا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً ويَسْتَثنِيَ منها أرطالاً مَعلُومَةً. ....

وإنِ اشتراها مُطلَقاً وتَركَها على النَّخيلِ، وقد استأجَرَ النَّخيلَ إلى وقتِ الإدراكِ، طابَ له الفَضلُ؛ لأنَّ الإجارةَ باطِلَةٌ لِعَدمِ التَّعارُفِ والحاجةِ، فبقي الإذنُ مُعتَبَراً.

بخلافِ ما إذا اشترى الزَّرعَ واستأجَرَ الأرضَ إلى أن يُدرِكَ وتَركَه، حيثُ لا يَطيبُ له الفَضلُ؛ لأنَّ الإجارةَ فاسدةٌ لِلجَهالةِ فأورثَتْ خُبثاً[١].

ولو اشتراها مُطلَقاً[٢]، فأثمَرَتْ ثَمراً آخَرَ قبلَ القَبضِ، فَسَدَ البيعُ؛ لأنَّه لا يُمكِنُهُ تَسليمُ المَبيعِ لِتَعذُّرِ التَّمييزِ[٣]. ولو أثمَرَتْ بعدَ القَبضِ يَشترِكانِ فيه لِلاختلاطِ[٤]، والقَولُ قَولُ المُشتري في مِقدارِهِ؛ لأنَّه في يدِهِ.

وكذا[٥] في الباذِنْجانِ والبِطِّيخِ، والمَخْلَصُ أن يَشترِيَ الأصولَ لِتَحصُلَ الزِّيادةُ على مِلكِهِ.

قال: (ولا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً[٦] ويَسْتَثنِيَ منها أرطالاً مَعلُومَةً)؛ خِلافاً لمالكٍ رَحِمَهُ اللهُ؛

---

(١) ولِتَوضيحِ الفَرقِ بين استئجارِ الأرضِ واستئجارِ النَّخيلِ أقول: إنَّ استئجارَ الأرضِ في هذه الصُّورة فاسدٌ، واستئجارَ الشَّجرِ باطلٌ مطلقاً، والفاسدُ له وُجودٌ لأنَّه فائتُ الوَصفِ دونَ الأصل، فكان الإذنُ ثابتاً في ضِمْنِ العَقدِ الفاسدِ، وفَسادُ المُتضمِّنِ يُوجِب فسادَ المُتضمَّن، فيفسدُ الإذنُ تَبَعاً. بخلافِ العقدِ الباطلِ فإنَّه لا وُجودَ له أصلاً، فلم يُوجَد إلَّا الإذنُ في مسألتنا هذه، فكانت مباشَرَةُ العَقدِ الباطِلِ عبارةً عن الإذن فقط.

(٢) أي: من غير ذكر القَطعِ أو التَّركِ.

(٣) لتعذُّر التَّمييز بين الثَّمرِ الذي خرجَ قبل البيع والثَّمرِ الذي خرج بعدَ البيع.

(٤) أي: لاختلاطِ المبيع بغير المبيع، وعليه فالبيعُ صحيحٌ غيرُ فاسد.

(٥) يعني: أنَّ البيعَ لا يَجوزُ إذا حَدَثَ زيادةٌ في المَبيعِ قبلَ القبض، وأمَّا إذا حدثت الزِّيادةُ بعد القبض يشتركان.

(٦) الظاهرُ أنَّ المرادَ بالثَّمرة هنا غيرُ المجذوذة؛ لأنَّ بيعَ المجذوذةِ واستثناءَ بعضها جائزٌ بالاتِّفاق. والله أعلم.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنطَةِ في سُنبُلِها، والباقِلاءِ في قِشْرِه. ....

لأنَّ الباقي بعد الاستثناء مجهولٌ. بخلاف ما إذا باعَ واستَثْنَى نَخْلاً معيَّناً؛ لأنَّ الباقي [بعد الاستثناء][1] معلومٌ بالمُشاهَدَةِ.

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «قالوا: هذه روايةُ الحسَنِ»، وهو قول الطَّحاويِّ. أمَّا على ظاهر الرِّوايةِ ينبغي أن يَجوزَ؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ ما يَجوزُ إيرادُ العَقدِ عليه بانفرادِهِ، يَجوزُ استثناؤُهُ من العَقدِ، وبَيعُ قَفيزٍ من صُبرةٍ جائزٌ، فكذا استثناؤُهُ، بخلافِ استثناءِ الحَمْلِ وأطرافِ الحَيَوانِ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيعُهُ، فكذا استثناؤه.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنطَةِ في سُنبُلِها، والباقِلاءِ في قِشْرِهِ)، وكذا الأرزُّ والسِّمسمُ[2].

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[3]: لا يجوزُ بيعُ الباقلاءِ الأخضَرِ، وكذا الجَوزُ واللَّوزُ والفُستقُ في قِشْرِهِ الأوَّلِ عنده. وله في بَيعِ السُّنبلَةِ قولان، وعندنا يجوزُ ذلك كلُّه.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) في العناية: بيعُ الشَّيءِ في غِلافه لا يجوز، إلَّا بيعُ الحبوبِ كالحنطةِ والباقلاء والأرزِّ والسِّمسم.

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ٢١٥) الكتب العلمية: فرع يُشترطُ ظهورُ المقصودِ، فإذا باع ثمرةً لا كِمام لها، كالتِّينِ والعنب والكمثرى، جاز، سواءٌ باعها على الشَّجرة أو على الأرض. ولو باع الشَّعيرَ أو السلت مع سنبله جاز بعد الحصاد وقبله؛ لأنَّ حبَّاتِهِ ظاهرة.

ولو كانت للثَّمر أو الحَبِّ كِمامٌ لا يُزال إلَّا عند الأكل، كالرُّمانِ، فكمِثْلِ ما له كُمامان يُزال أحدهما، ويبقى الآخرُ إلى وقتِ الأكل، كالجوز واللوز والرانج، فيجوز بيعُهُ في القشرِ الأسفل، ولا يجوزُ في الأعلى، لا على الشَّجر، ولا على الأرض، وفي قول: يجوز في القشرِ الأعلى ما دام رَطباً، وبيعُ الباقلاء في القشرِ الأعلى، فيه هذا الخلافِ، والمنصوص في الأم: أنَّه لا يصحُّ بيعه.

هذا إذا كان الجوزُ واللَّوزُ والباقلاء رَطباً، فإن بقي في قشره الأعلى فَيَبِس، لم يجز بيعُهُ وجهاً واحداً إذا لم نُجوِّز بيعَ الغائب، كذا قاله الامامُ وصاحب التهذيب وغيرهما.

وأمَّا ما لا يرى حبُّه في سنبله، كالحنطة، والعدس، والسِّمسم، فما دام في سنبلِهِ لا يجوزُ بيعُهُ مفرَداً عن سنبله قطعاً، ولا معه على الجديد الأظهر كبيع الحنطةِ في تبنها، فإنَّه لا يصحُّ قطعاً.

ولا يصحُّ بيعُ الجزر، والثُّومِ، والبصل، والفجل، والسِّلقِ في الأرض، لِتَستُّر مَقصودِها. ويجوزُ بيعُ أوراقها الظاهرةِ بشرطِ القطع. اهـ.

ومَنْ باعَ داراً دَخَلَ في البَيعِ مَفاتِيحُ أغلاقِها . وأُجرةُ الكَيَّالِ وناقِدِ الثَّمنِ على البائعِ ،

له : أنَّ المعقودَ عليه مَستورٌ بما لا مَنفعَةَ له فيه ، فأشبَهَ تُرابَ الصَّاغةِ[1] إذا بِيعَ بجِنْسِهِ .

ولنا : ما رُوي عن النَّبي ﷺ «أنَّه نهى عن بَيعِ النَّخلِ حتَّى يَزهُو ، وعن بَيعِ السُّنبُلِ حتَّى يَبيَضَّ ويأمَنَ العاهَةَ»[2] ؛ ولأنَّه حَبٌّ مُنتفَعٌ به ، فيجوزُ بَيعُهُ في سُنبلِهِ كالشَّعير[3] ، والجامعُ كونُهُ مالاً مُتقوِّماً ، بخلاف تُرابِ الصَّاغة ؛ لأنَّه إنَّما لا يجوزُ بيعُهُ بجنسِهِ لاحتمال الرِّبا ، حتَّى لو باعَهُ بخلافِ جنسِهِ جازَ ، وفي مسألتِنا لو باعَهُ بجنسِهِ لا يَجوزُ أيضاً لِشُبهةِ الرِّبا ؛ لأنَّه لا يَدرِي قَدْرَ ما في السَّنابل .

(ومَنْ باعَ داراً دَخَلَ في البَيعِ مَفاتِيحُ أغلاقِها) ؛ لأنَّه يدخلُ فيه الأغلاقُ ؛ لأنَّها مركَّبةٌ فيها لِلبَقاء ، والمِفتاحُ يدخلُ في بيعِ الغَلَق من غير تسميةٍ ؛ لأنَّه بمنزلةِ بعضٍ منه ؛ إذ لا يُنتَفَعُ به بدونه .

قال : (وأُجرةُ الكَيَّالِ وناقِدِ الثَّمنِ[4] على البائعِ) :

- أمَّا الكيلُ فلا بدَّ منه للتَّسليم ، وهو على البائع . ومعنى هذا إذا بِيعَ مُكايَلَةً ، وكذا أُجرةُ الوَزَّان والذَّرَّاعِ والعَدَّاد .

- وأمَّا النَّقدُ فالمذكورُ روايةُ ابنِ رُستُم عن محمَّد ؛ لأنَّ النَّقدَ يكونُ بعد التَّسليم ؛ ألا ترى أنَّه يكونُ بعدَ الوَزنِ والبائعُ هو المحتاجُ إليه ؛ لِيُميِّزَ ما تعلَّق به حقُّه من غيره ، أو لِيَعرِفَ المَعيبَ لِيَردَّه .

---

(١) تراب الصَّاغة : هو التُّراب الذي فيه برادةُ الذَّهب والفضَّة . و«الصَّاغة» جمع صائغ .

(٢) أخرجه الجماعة إلا البخاري ، وهو عند مسلم في البيوع ، باب : النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (١٥٣٥) عن ابن عمر : أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن بَيعِ النَّخلِ حتَّى يزهو ، وعن السُّنبلِ حتَّى يبيضَّ ويأمَنَ العاهةَ ، نهى البائعَ والمشتري .

(٣) فإنَّه يجوز بيعُهُ بقشره اتِّفاقاً بيننا وبينه .

(٤) هو مَنْ يميِّزُ الجيِّدَ مِنَ الزَّائف .

وأُجرَةُ وَزَّانِ الثَّمنِ على المُشتَرِي. ومَنْ باعَ سِلعَةً بِثَمنٍ، قيل لِلمُشتَرِي: اِدفَعِ الثَّمَنَ أَوّلاً، ومَنْ باعَ سِلعَةً بِسِلعَةٍ أو ثَمَناً بِثَمنٍ، قيل لهما: سَلِّما معاً.

وفي رواية ابنِ سماعة عنه: على المشتري؛ لأنَّه يَحتاجُ إلى تَسليمِ الجَيِّدِ المُقدَّر، والجَودَةُ تُعرَفُ بالنَّقدِ، كما يُعرَفُ القَدرُ بالوَزنِ، فيكون عليه.

قال: (وأُجرَةُ وَزَّانِ الثَّمنِ على المُشتَرِي)؛ لِما بيَّنا أنَّه هو المُحتاجُ إلى تَسليمِ الثَّمنِ، وبالوَزنِ يتحقَّقُ التَّسليمُ.

قال: (ومَنْ باعَ سِلعَةً بِثَمنٍ، قيل لِلمُشتَرِي: اِدفَعِ الثَّمَنَ أَوّلاً[1])؛ لأنَّ حقَّ المُشتري تَعيَّنَ في المَبيع، فَيُقدَّم دَفعُ الثَّمنِ لِيَتعيَّنَ حقُّ البائعِ بالقَبضِ؛ لِما أنَّه لا يَتعيَّنُ بالتَّعيينِ، تحقيقاً للمساواة.

قال: (ومَنْ باعَ سِلعَةً بِسِلعَةٍ أو ثَمَناً بِثَمنٍ، قيل لهما: سَلِّما معاً[2])؛ لاستوائهما في التَّعيينِ وعَدَمِه[3]، فلا حاجةَ إلى تَقديمِ أحدِهما في الدَّفع.

---

(١) في المسألة شيءٌ من التَّفصيل لا بدَّ من ذِكْره، وهو: إلزامُ المشتري بدَفعِ الثَّمنِ أوّلاً مشروطٌ بكونِ البائع قد أحضر السِّلعةَ، وكونِ الثَّمن حالاً، وكون العقدِ خالياً من خيارٍ للمشتري، فلا يُطالب بالثَّمن قبل حلول الأجل ولا قبلَ سقوطِ الخيار.

(٢) والتَّسليمُ يكون بالتَّخلية على وجهٍ يتمكَّنُ فيه من القَبضِ بلا مانعٍ بأن يكون مُفرَزاً غيرَ مشغولٍ بحقِّ غيرِهِ، ولا حائلٍ بأن يكون المبيع بحضرتِهِ.

(٣) لاستوائهما في التَّعيين في بيعِ السِّلعةِ بالسِّلعةِ، واستوائهما في عدَمِ التَّعيين في بيع ثمنٍ بثمنٍ.

باب خيار الشرط

خِيارُ الشَّرطِ جائزٌ في البَيعِ لِلبائعِ والمُشتري، ولهما الخِيارُ ثَلاثَةَ أيَّامٍ فَما دُونَها، ولا يَجُوزُ أكثَرَ منها عند أبي حنيفة، ....

(باب خيار الشرط[1])

قال: (خِيارُ الشَّرطِ جائزٌ في البَيعِ لِلبائعِ والمُشتري. ولهما الخِيارُ ثَلاثَةَ أيَّامٍ فَما دُونَها)، والأصلُ فيه ما رُوي أنَّ حِبَّانَ بنَ مُنقِذِ بنِ عَمرو الأنصاريَّ ﵁ كان يُغبَنُ في البِياعاتِ، فقال له النَّبيُّ ﷺ: «إذا بايَعْتَ فَقُلْ: لا خِلابَةَ[2]، ولِيَ الخِيارُ ثلاثَةَ أيَّام»[3].

(ولا يَجُوزُ أكثَرَ منها عند أبي حنيفة)، وهو قولُ زُفر والشَّافعي[4].

---

(١) «خيارُ الشَّرط» من إضافةِ الشَّيءِ إلى سببه؛ لأنَّ الشَّرط سببٌ للخيار. فإنَّ الأصلَ في العَقدِ اللُّزومُ من الطَّرفين، ولا يَثبُتُ لأحدهما اختيارُ الإمضاءِ أو الفَسخِ ولو في مَجلِسِ العقدِ عندنا إلَّا باشتراط ذلك. اهـ ابن عابدين.

(٢) الخِلابةُ: الخِداع.

(٣) أخرج الحاكم (٢/ ٢٦) (٢٢٠١) عن ابن عمر قال: كان حِبَّانُ بنُ منقِذ رجلاً ضعيفاً، وكان قد سُفِع في رأسه مأمومةً، فجَعَلَ له رسول الله ﷺ الخيارَ فيما اشترى ثلاثاً، وكان قد ثَقُلَ لسانُهُ، فقال له رسول الله ﷺ: «بِعْ وقُلْ: لا خِلابةَ»، فكنتُ أسمَعُهُ يقول: لا خِلابةَ لا خلابةَ، و كان يشتري الشَّيء ويَجيء به أهلَهُ فيقولون: هذا غالٍ، فيقول: إنَّ رسول الله ﷺ قد خيَّرني في بيعي. قال الذَّهبي في التلخيص: صحيح.

والحديث عند البخاري دون ذكر الخيار، في كتاب البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع (٢٠١١) عن عبد الله بن عمر ﵄: أنَّ رجلاً ذكر للنَّبيِّ ﷺ أنَّه يُخدَعُ في البيوع فقال: «إذا بايعتَ فقل: لا خِلابة».

(٤) قال النووي في الروضة (٣/ ١٠٨) الكتب العلمية:

يصحُّ خيارُ الشَّرط بالإجماع، ولا يجوزُ أكثرُ من ثلاثةِ أيَّام، فإن زاد بطل البيعُ، ويجوز دون الثلاثة. اهـ.

وقالا: يَجُوزُ إذا سَمَّى مُدَّةً مَعلُومَةً؛ لحديثِ ابنِ عُمر رضي الله عنهما «أنَّه أجازَ الخِيارَ إلى شَهْرين»، إلَّا أنَّهُ إذا أجازَ في الثَّلاثِ جازَ عند أبي حنيفة. ....

(وقالا: يَجُوزُ إذا سَمَّى مُدَّةً مَعلُومَةً؛ لحديثِ ابنِ عُمر رضي الله عنهما «أنَّه أجازَ الخِيارَ إلى شَهْرين»[١])؛ ولأنَّ الخيارَ إنَّما شُرِع للحاجَةِ إلى التَّروِّي لِيَندفِعَ الغَبْنُ، وقد تَمَسُّ الحاجةُ إلى الأكثرِ، فصارَ كالتَّأجيلِ في الثَّمن.

ولأبي حنيفة: أنَّ شَرْطَ الخيارِ يُخالِفُ مُقتَضَى العَقدِ، وهو اللُّزوم، وإنَّما جَوَّزناه بخلافِ القياسِ لِما رويناه من النَّصِّ، فيُقتَصَرُ على المُدَّة المذكورةِ فيه، وانتفتِ الزِّيادةُ.

(إلَّا أنَّهُ إذا أجازَ في الثَّلاثِ[٢] جازَ عند أبي حنيفة) خِلافاً لِزُفر، هو يقول: إنَّه انعَقَدَ فاسداً، فلا يَنقلِبُ جائزاً.

وله: أنَّه أسقَطَ المُفسِدَ قبلَ تَقرُّرِهِ، فيعودُ جائزاً، كما إذا باع بالرَّقْمِ[٣] وأعلَمَهُ في المَجلِس. ولأنَّ الفسادَ باعتبارِ اليومِ الرَّابعِ، فإذا أجازَ قبلَ ذلك لم يَتَّصِلِ المُفسِدُ بالعقد، ولهذا قيل: إنَّ العقدَ يَفسُدُ بمُضيِّ جزءٍ من اليوم الرَّابع، وقيل: يَنعقِدُ فاسداً ثمَّ يَرتفِعُ الفسادُ بِحَذفِ الشَّرطِ، وهذا على الوجهِ الأوَّل.

---

(١) قال الزيلعي (٨/٤): غريب جداً.

(٢) هذا استثناءٌ من قوله: «ولا يجوزُ أكثرَ منها»، ومعناه: لا يجوز الخيار أكثرَ من ثلاثة أيَّام، لكن لو ذَكَر أكثَرَ منها وأجازَ مَن له الخيارُ في الثَّلاث جازَ.

(٣) «البيع بالرَّقْم» بسكون القاف، علامةٌ يُعرَف بها مقدارُ ما وَقَع به البيعُ من الثَّمن - ويقابلُها في زماننا التَّسعير، أو السِّعرُ الذي يكون مكتوباً على السلعة - فإذا لم يَعلَمِ المشتري، يُنظَر إن عَلِم في مَجلِسِ البيعِ نَفَذَ، وإن تفرَّقا قبلَ العِلْم بالثَّمن اختُلِف في العقد: منهم مَن قال: بطل، ومنهم من قال: فسد، ورجحه في الفتح، وعليه يملكه بالقيمة.

ولوِ اشترى على أنَّهُ إنْ لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلى ثلاثةِ أيَّامٍ فلا بَيْعَ بينهما جاز، وإلى أربعةِ أيَّام لا يَجُوزُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَجوزُ إلى أربعةِ أيَّامٍ أو أكثَرَ، فإنْ نَقَدَ في الثَّلاثِ جازَ في قَولِهِم جميعاً. ....

(ولوِ اشترى على أنَّهُ إنْ لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلى ثلاثةِ أيَّامٍ فلا بَيْعَ بينهما جاز[1]، وإلى أربعةِ أيَّام لا يَجُوزُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَجوزُ إلى أربعةِ أيَّامٍ أو أكثَرَ، فإنْ نَقَدَ في الثَّلاثِ جازَ في قَولِهِم جميعاً).

والأصلُ فيه[2]: أنَّ هذا في معنى اشتراطِ الخيارِ، إذِ الحاجَةُ مسَّتْ إلى الانفساخِ عندَ عدمِ النَّقدِ، تَحرُّزاً عن المُماطَلةِ في الفَسخِ، فيكون مُلحَقاً به.

وقد مَرَّ أبو حنيفةَ على أصلِهِ في المُلحَقِ به، ونَفَى الزِّيادةَ على الثَّلاث[3]، وكذا محمَّدٌ في تجويزِ الزِّيادةِ[4]. وأبو يوسف أخَذَ في الأصلِ بالأثَرِ، وفي هذا بالقياس[5].

---

(١) وكذا لو نَقَدَ المشتري الثَّمَنَ على أنَّ البائعَ إنْ رَدَّ الثَّمَنَ إلى ثلاثةٍ فلا بَيْعَ بينهما، صحَّ أيضاً، والخيارُ في مسألةِ المَتنِ لِلمُشتري؛ لأنَّه المُتمكِّنُ من إمضاءِ البيعِ وعَدَمِه، وفي الثانيةِ للبائع؛ حتَّى لو أعتقَه صحَّ، ولو أعتقَه المشتري لا يصحُّ.
رد المحتار عن النهر.

(٢) أي: في الشِّراء بشرط أنَّهُ إنْ لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلى ثلاثةِ أيَّامٍ فلا بَيْعَ بينهما.

(٣) أي: مشى أبو حنيفة على أصلِهِ في شَرطِ الخيار، حيثُ لا يجوزُ عندَهُ أكثَرَ من ثلاثةِ أيَّامٍ، فكذا ما هو في معناه.

(٤) أي: وكذا محمَّد مشى على أصلِهِ في تَجويزِ الزِّيادةِ على ثلاثةِ أيَّامٍ في شَرطِ الخيار، إذا ذَكَرَ مُدَّةً معلومةً، فكذا ما كان في معناه.

(٥) أي: أخذ أبو يوسف في الأصل، وهو قوله: «إنْ لم يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلى ثلاثةِ أيَّامٍ فلا بَيْعَ بينهما»، بالأثر وهو ما روي أنَّ ابن عمر باع ناقةً له من رجلٍ بِشَرطِ أنَّه إنْ لم يَنقُدِ الثَّمنِ إلى ثلاثة أيَّام فلا بيع بينهما، وأخذ في الزَّائدِ على ثلاثة أيَّامٍ بالقياس - كما هو مذهب زفر - وهو يقتضي عدَمَ الجواز.

وخِيارُ البائعِ يَمْنَعُ خُروجَ المَبيعِ عن مِلْكِهِ، ولو قَبَضَهُ المُشترِي وهَلَكَ في يَدِهِ في مُدَّةِ الخيارِ، ضَمِنَهُ بالقِيمَةِ. وخِيارُ المُشتري لا يَمْنَعُ خُروجَ المَبيعِ عنِ مِلْكِ البائعِ،

وفي هذه المسألةِ قياسٌ آخَرُ، وإليه مالَ زُفَر، وهو أنَّه بَيْعٌ شُرِطَ فيه إقالةٌ فاسِدَةٌ لِتَعلُّقِها بالشَّرط[1]، واشتراطُ الصَّحيحِ منها فيه مُفسِدٌ للعقدِ، فاشتراطُ الفاسدِ أولى. ووجهُ الاستحسانِ ما بيَّنَّا.

قال: (وخِيارُ البائعِ يَمْنَعُ خُروجَ المَبيعِ عن مِلْكِهِ)؛ لأنَّ تَمامَ هذا السَّببِ[2] بالمُراضاةِ، ولا يتمُّ مع الخيارِ[3]، ولهذا يَنفُذُ عِتقُهُ. ولا يَملِكُ المُشترِي التَّصرُّفَ فيه وإنْ قَبَضَه بإذنِ البائعِ[4].

(ولو قَبَضَهُ المُشترِي وهَلَكَ في يَدِهِ في مُدَّةِ الخيارِ، ضَمِنَهُ بالقِيمَةِ)؛ لأنَّ البيعَ يَنفسِخُ بالهلاك؛ لأنَّه كان موقوفاً، ولا نَفاذَ بدونِ المَحلِّ، فبقي مَقبوضاً في يدِهِ على سَومِ الشِّراءِ، وفيه[5] القيمةُ[6].

ولو هَلَكَ [المبيع][7] في يدِ البائعِ، انفسَخَ البيعُ ولا شيءَ على المشتري، اعتباراً بالبيعِ الصَّحيحِ المُطلَقِ.

قال: (وخِيارُ المُشتري لا يَمْنَعُ خُروجَ المَبيعِ عنِ مِلْكِ البائعِ)؛ لأنَّ البيعَ في جانبِ الآخَرِ لازِمٌ، وهذا لأنَّ الخِيارَ إنَّما يَمنَعُ خُروجَ البَدَلِ عن مِلْكِ مَن له الخيارُ؛ لأنَّه شُرِعَ نظَرَاً له دونَ الآخر.

---

(١) وهو عدمُ النَّقد.

(٢) أي: خروجُ المَبيعِ عن مِلكِ البائع إنَّما يكون بِتَمام سببِهِ، وهو البيع، وتمامُ سببه بالتَّراضي.

(٣) أي: ولا يتمُّ الرِّضا مع الخيار؛ لأنَّه يُفيدُ عدَمَ الرِّضا بِزَوال مِلكِهِ، فلم يتمَّ السَّببُ في حقِّ البائع.

(٤) لِبَقاءِ مِلكِ البائعِ فيه بلا اختلال.

(٥) أي: وفي المَقبوضِ على سَومِ الشِّراء.

(٦) إذا هَلَكَ وهو قِيمِيٌّ، والمِثلُ في المِثليِّ، إذا كان القبضُ بعد تسميةِ الثَّمنِ، أمَّا إذا لم يُسمَّ ثمنٌ فلا ضمانَ في الصَّحيح. فتح.

(٧) زيادة من (أ).

إِلَّا أَنَّ المُشتريَ لا يَملِكُهُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَملِكُهُ، فإنْ هَلَكَ في يَدِهِ هَلَكَ بالثَّمَنِ، وكذا إذا دَخَلَهُ عَيْبٌ. ومَنِ اشتَرَى امرأتَهُ على أنَّهُ بالخيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ، لم يَفسُدِ النِّكاحُ، ....

قال: (إِلَّا أَنَّ المُشتريَ لا يَملِكُهُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَملِكُهُ)؛ لأنَّه لمَّا خَرَجَ عن مِلكِ البائعِ، فلو لم يدخلْ في مِلكِ المُشتري، يكونُ زائلاً لا إلى مالكٍ، ولا عَهْدَ لنا به في الشَّرعِ.

ولأبي حنيفة: أنَّه لمَّا لم يَخرُجِ الثَّمنُ عن مِلكِه، فلو قلنا بأنَّه يدخلُ المَبيعُ في مِلكِهِ، لاجتَمَعَ البَدَلانِ في مِلْكِ رَجلٍ واحدٍ حُكماً لِلمعاوَضَة، ولا أصلَ له في الشَّرعِ؛ لأنَّ المُعاوَضَةَ تقتضي المساواةَ؛ ولأنَّ الخيارَ شُرِعَ نظَراً للمشتري لِيتروَّى فَيَقِفَ على المصلحةِ، ولو ثَبَتَ المِلكُ ربَّما يَعتِقُ عليه من غيرِ اختيارِهِ، بأن كان قريبَهُ، فيفوتُ النَّظرُ.

قال: (فإنْ هَلَكَ في يدِهِ[1] هَلَكَ بالثَّمنِ، وكذا إذا دَخَلَهُ عَيْبٌ)، بخلافِ ما إذا كان الخيارُ للبائع[2].

ووجهُ الفرقِ[3]: أنَّه إذا دخَلَهُ عيبٌ يَمتنِعُ الرَّدُّ، والهلاكُ لا يَعرَى عن مُقدِّمةِ عَيبٍ فَيهلِك، والعقدُ قد انبرَمَ فيلزمُهُ الثَّمن، بخلافِ ما تقدَّمَ؛ لأنَّ بدخولِ العَيبِ لا يَمتنِعُ الرَّدُّ حُكماً بخيارِ البائعِ، فَيهلِكُ والعقدُ موقوفٌ.

قال[4]: (ومَنِ اشتَرَى امرأتَهُ على أنَّهُ بالخيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ، لم يَفسُدِ النِّكاحُ)؛ لأنَّه

---

(١) أي: هلك المبيعُ في يدِ المشتري.

(٢) يعني: إذا كان الخيارُ للبائع وهَلَكَ المَبيعُ في يدِ المشتري في مدَّةِ الخيارِ، فتجبُ القيمةُ.

(٣) بين ما إذا كان الخيارُ للبائعِ، فهَلَكَ المَبيعُ في يدِ المشتري، فإنَّه يَهلِكُ بالقيمة، وبينَ ما إذا كان للمشتري، فهَلَكَ في يد المشتري، فإنَّه يَهلِك بالثَّمن.

(٤) هذه المسائلُ التي سيذكرها مبنيَّةٌ على الأصلِ المُتقدِّمِ ذِكرُهُ، وهو: أنَّ الخيارَ إذا كان لِلمُشتري يَخرُجُ المَبيعُ عن مِلْك البائعِ، ولا يدخلُ في مِلْك المُشتري عنده، وعندهما: يَدخُلُ.

وإنْ وَطِئَها لَهُ أنْ يَرُدَّها إلَّا إذا كانت بِكراً، وقالا: يَفسُدُ النِّكاحُ وإنْ وَطِئَها لم يَرُدَّها. ....

لم يَملِكْها لِما له من الخيار، (وإنْ وَطِئَها لَهُ أنْ يَرُدَّها)؛ لأنَّ الوطءَ بِحُكم النِّكاحِ، (إلَّا إذا كانت بِكراً)؛ لأنَّ الوطءَ يُنقِصُها[1]، وهذا عند أبي حنيفة. (وقالا: يَفسُدُ النِّكاحُ)؛ لأنَّه مَلَكَها (وإنْ وَطِئَها لم يَرُدَّها)؛ لأنَّ وَطْأها بِمِلكِ اليمين[2]، فيَمتنِعُ الرَّدُّ وإنْ كانت ثيِّباً.

ولهذه المسألةِ أخواتٌ، كلُّها تَبتني على وُقوعِ المِلْك لِلمُشتري بِشَرطِ الخيارِ وعَدَمِه:

- منها: عِتقُ المُشتَرَى على المُشتري إذا كان قريباً له في مدَّة الخيارِ[3].

- ومنها: عِتقُهُ إذا كان المُشتري حَلَفَ «إنْ مَلَكتُ عبداً فهو حُرٌّ»، بخلافِ ما إذا قال: «إنِ اشتريتُ فهو حُرٌّ»؛ لأنَّه يَصيرُ كالمُنشِئِ للعِتقِ بعد الشِّراءِ، فَيَسقطُ الخيارُ[4].

- ومنها: أنَّ حَيْضَ المُشتراةِ في المُدَّةِ لا يُجتَزَأُ به عن الاستبراءِ عنده[5]،

---

(١) فيمتنعُ الرَّدُّ للعيب الذي حَدَث عنده، ومن هذا يُعرَفُ أنَّه لو نَقَصَها الوطءُ وهي ثيِّبٌ يَمتنِعُ الرَّدُّ عنده أيضاً؛ للنَّقص الذي دخَلَها، لا لذات الوَطءِ. فتح.

(٢) التَّقدير: لأنَّ وطأها بعد فسخ النِّكاح لا يكونُ إلَّا بِمِلْكِ اليمين.

(٣) يعني: إذا اشترى ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه بِشَرطِ الخيار، لا يَعتِقُ عليه في مدَّة الخيار عند الإمام؛ لأنَّه لم يملكه، وخيارُهُ كما كانَ، فإنْ فَسَخَ البيعَ عادَ إلى مِلْك البائع، وإنْ أجازَهَ عَتَقَ عليه ولَزِمَه الثَّمنُ، وعندهما: يَعتِقُ عليه من زَمنِ الشِّراءِ؛ لأنَّه مَلَكَه، ويَلزمُهُ الثَّمنُ، ولا يبقى الخيار. بناية.

(٤) لأنَّ المُعلَّقَ بالشَّرطِ كالمُرسَلِ عنده، ولو أنشأ العِتقَ بعد شرائِهِ بالخيار، عَتَقَ وسَقَطَ الخيار، كذا هذا.

(٥) يعني: إذا اشترى جاريةً بالخيار ثلاثةَ أيَّامٍ وقَبَضَها، فحاضَتْ عنده في مدَّةِ الخيار، ثمَّ اختارَها وصارتْ للمشتري، فلا يَكتفِي بتلكَ الحَيضةِ في الاستبراء، وعليه أن يَستبرئها بحيضةٍ أخرى عند الإمام.

وعندهما: يُجتزَأُ، ولو رُدَّت بِحُكمِ الخيارِ إلى البائعِ لا يجبُ عليه الاستبراءُ عنده، وعندهما: يجب إذا رُدَّت بعد القبضِ.

- ومنها: إذا وَلَدَتِ المُشتراةُ في المُدَّةِ بالنِّكاحِ، لا تَصيرُ أمَّ ولدٍ له عنده، خلافاً لهما[1].

- ومنها: إذا قَبَضَ المُشتري المَبيعَ بإذنِ البائعِ، ثمَّ أودَعَهُ عندَ البائعِ، فهَلَكَ في يدِهِ في المُدَّةِ، هَلَكَ من مالِ البائعِ؛ لارتفاعِ القَبضِ بالرَّدِّ لِعَدَمِ المِلْك عندَهُ، وعندهما: من مالِ المشتري لِصِحَّةِ الإيداعِ باعتبارِ قيامِ المِلْك.

- ومنها: لو كان المُشتري عبداً مأذوناً له، فأبرأه البائعُ من الثَّمنِ في المدَّةِ، بَقِي على خيارِهِ عنده؛ لأنَّ الرَّدَّ امتناعٌ عن التَّملُّكِ، والمأذونُ له يَلِيهِ، وعندهما: بَطَلَ خيارُهُ؛ لأنه لمَّا مَلَكَه كان الرَّدُّ منه تَمليكاً بِغَيرِ عِوَضٍ، وهو ليس من أهلِهِ.

- ومنها: إذا اشترى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ خمراً على أنَّه بالخيارِ، ثمَّ أسلَمَ، بطَلَ الخيارُ عندهما؛ لأنَّه مَلَكَها، فلا يَملِكُ رَدَّها وهو مُسلِمٌ. وعنده: يَبطُلُ البيعُ؛ لأنَّه لم يَملِكْها، فلا يَتمَلَّكُها بإسقاطِ الخيارِ وهو مُسلِمٌ.

---

(١) قال صاحب النهاية: لا بدَّ من أحد تأويلين:
- إمَّا أن يكون معناه: اشترى منكوحتَهُ ووَلَدَتْ في مُدَّةِ الخيار قبلَ قَبضِ المُشتري بِشَرطِ الخيار.
- أو يكون اشترى الأمةَ التي كانت مَنكوحَتَهَ، ووَلَدَتْ منه ولداً قبلَ الشِّراءِ، ثمَّ اشتراها بِشَرطِ الخيار، لا تصيرُ أمَّ ولدٍ له في مدَّةِ الخيار عنده، خلافاً لهما. وعلى هذا كان قوله: «في المدة» ظرفاً لقوله: «لا تصير أمَّ ولد له»، لا ظرفَ الولادة.

قال صاحب النهاية: وإنَّما احتجنا إلى أحدِ التَّأويلَيْن؛ لأنَّا لو جرَيْنا على ظاهر اللَّفظ، وقلنا: إنَّه إذا اشترى منكوحتَهَ بِشَرطِ الخيارِ وقَبَضَها، ثمَّ ولَدَتْ في مدَّةِ الخيار، يلزَمُ البيعُ بالاتِّفاق، ويبطُلُ خيارُ الشَّرطِ؛ لأنَّ الولادةَ عَيبٌ، فلا يُمكِنُ رَدُّها بعدما تعيَّبتِ الجاريةُ في يد المُشتري بِشَرطِ الخيار. اهـ عناية.

وَمَنْ شُرِطَ له الخِيارُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ في المُدَّةِ، وله أَنْ يُجِيزَ، فإِنْ أجازَهُ بِغَيرِ حَضْرَةِ صاحِبِهِ جازَ، وإِنْ فَسَخَ لم يَجُزْ إِلَّا أن يكونَ الآخَرُ حاضِراً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يَجُوزُ. ....

قال: (وَمَنْ شُرِطَ له الخِيارُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ في المُدَّةِ، وله أَنْ يُجِيزَ، فإِنْ أجازَهُ بِغَيرِ حَضْرَةِ صاحِبِهِ جازَ، وإِنْ فَسَخَ لم يَجُزْ إِلَّا أن يكونَ الآخَرُ حاضِراً عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يَجُوزُ)، وهو قولُ الشَّافعيِّ[١].

والشَّرطُ هو العِلمُ، وإنَّما كنَّى بـ «الحضرة» عنه.

له: أنَّه مُسلَّطٌ على الفَسخِ من جهةِ صاحبِهِ، فلا يَتوقَّفُ على عِلْمِهِ، كالإجازة[٢]، ولهذا لا يُشتَرَطُ رِضاهُ وصار كالوكيلِ بالبيعِ[٣].

ولهما: أنَّه تصَرُّفٌ في حقِّ الغيرِ - وهو العقد - بالرَّفع، ولا يَعْرَى عن المَضرَّةِ؛ لأنَّه[٤] عَساهُ يَعتمِدُ تَمامَ البيعِ السَّابقِ فيتصرَّفُ فيه، فتلزَمُهُ غرامةُ القيمةِ بالهلاكِ[٥] فيما إذا كان الخيارُ للبائعِ، أو لا يَطلُبُ[٦] لِسلعَتِهِ مُشترياً فيما إذا كان الخيارُ للمشتري، وهذا نوعُ ضَرَرٍ، فيتوقَّفُ على عِلمِهِ، وصار كعَزلِ الوكيلِ[٧]،

---

(١) قال النووي في الروضة (٣/ ١١٠) الكتب العلمية: مَن له خيارُ الشَّرطِ، له فَسخُ العقدِ حَضر صاحبُهُ أو غاب، ولا يفتقر نفوذُ هذا الفسخ إلى الحاكم. اهـ وانظر الشرح الكبير للرافعي (٨/ ٣١٤) دار الفكر.

(٢) فإنَّ فيها لا يشترط العلمُ بالإجماع. بناية.

(٣) من جهة أنَّ الوكيلَ بالبيع له أن يتصرَّف فيما وُكِّل به وإن كان المُوكِّل غائباً؛ لأنَّه مسلَّطٌ من جهته.

(٤) أي: المشتري حالةَ كونه لم يشترط الخيار لنفسه.

(٥) والقيمةُ قد تكون أكثَرَ من الثَّمنِ، ولا خَفاءَ في كونِهِ ضَرراً.

(٦) أي: عسى أن يعتمِدَ البائعُ تمامَ العقد، فلا يطلبُ لِسلعَتِهِ مُشترِياً، وقد تكون المُدَّة أيَّامِ رَواجِ هذا المبيع، وفي ذلك ضررٌ لا يخفى.

(٧) فإنَّ عزلَ الوكيل موقوفٌ على علمِهِ بعزل الموكِّلِ؛ كيلا لا يتضرَّرَ بلزومِ الثَّمنِ فيما إذا كان وكيلاً بالشِّراء، وببطلان قولِهِ فيما إذا كان وكيلاً بالبيع.

وإذا ماتَ مَنْ لَهُ الخِيارُ بَطَلَ خِيارُهُ، ولم يَنتقِلْ إلى وَرَثَتِهِ. ....

بخلافِ الإجازةِ؛ لأنَّه لا إلزامَ فيه[١].

ولا نقولُ: إنَّه مسلَّطٌ[٢]، وكيف يقال ذلك وصاحِبُهُ لا يَملِكُ الفَسخَ، ولا تَسليطَ في غيرِ ما يَملِكُه المُسلِّطُ.

ولو كان فسَخَ في حالِ غَيبةِ صاحِبِهِ، وبَلَغَهُ في المُدَّةِ، تمَّ الفَسخُ لِحُصولِ العلمِ به، ولو بلَغَهُ بعدَ مُضيِّ المُدَّةِ، تمَّ العقدُ بِمُضيِّ المُدَّةِ قبلَ الفَسخِ.

قال: (وإذا ماتَ مَنْ لَهُ الخِيارُ بَطَلَ خِيارُهُ، ولم يَنتقِلْ إلى وَرَثَتِهِ).

وقال الشَّافعيُّ[٣]: يُورَثُ عنه؛ لأنَّه حقٌّ لازمٌ ثابتٌ في البيعِ، فَيَجري فيه الإرثُ، كخيارِ العيبِ والتَّعيين.

ولنا: أنَّ الخيارَ ليس إلَّا مَشيئةً وإرادةً، ولا يُتصوَّرُ انتقالُهُ[٤]، والإرثُ فيما يَقبَلُ الانتقالُ.

بخلافِ خيارِ العَيبِ؛ لأنَّ المُورِّثَ استَحَقَّ المَبيعَ سَليماً فكذا الوارثُ، فأمَّا نفسُ الخيارِ لا يُورَثُ. وأمَّا خيارُ التَّعيينِ يَثبُتُ لِلوارِثِ ابتداءً؛ لاختلاطِ مِلكِهِ بِمِلكِ الغَيرِ، لا أنْ يُورَّثَ الخيارُ.

---

(١) لأنَّها إتمامُ العقدِ السَّابق، فلم يَحتجِ المجيزُ إلى حضورِ صاحبِهِ.

(٢) أي: على الفسخ. وهذا جوابٌ عن قول أبي يوسف.

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ١٠٥): لو مات أحدُهما في المجلس، نَصَّ أنَّ الخيارَ لوارثه، وقال في المكاتب: إذا باع ومات في المجلس، وجب البيع. وللأصحاب ثلاث طرق:
- أصحُّها في المسألتين قولان، أظهرهما: يثبتُ الخيارُ للوارث والسَّيِّد، كخيار الشرط والعيب.
والثاني: يلزم، لأنَّه أبلغ من المفارقة بالبدن.
- والطَّريق الثاني: يثبتُ لهما قطعا.
- والثالث: تقريرُ النَّصَّين. والفرقُ بأنَّ الوارثَ خليفةُ الميت، بخلاف السَّيد. اهـ، وانظر الشرح الكبير للرافعي (٨/ ٣٠٤) دار الفكر.

(٤) لأنَّ كلاً منهما وصفٌ شَخصيٌّ، والأوصافُ لا تقبلُ الانتقالَ.

وَمَنِ اشتَرَى شيئاً وشَرَطَ الخِيارَ لِغَيرِهِ، فَأيُّهما أجازَ جاز، وأيُّهما نَقضَ انتَقَضَ، ولو أجازَ أحَدُهما وفَسَخَ الآخَرُ، يُعتَبَرُ السَّابِقُ. ....

قال: (وَمَنِ اشتَرَى شيئاً وشَرَطَ الخِيارَ لِغَيرِهِ، فَأيُّهما أجازَ جاز، وأيُّهما نَقَضَ انتَقَضَ)، وأصلُ هذا[١]: أنَّ اشتِراطَ الخيارِ لِغَيرِهِ جائزٌ استحساناً، وفي القياسِ لا يجوزُ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّ الخيارَ من مَواجِبِ العَقدِ وأحكامِهِ، فلا يجوزُ اشتراطُهُ لِغَيرِهِ، كاشتراطِ الثَّمنِ على غيرِ المُشتري.

ولنا: أنَّ الخيارَ لِغَيرِ العاقِدِ لا يَثبُتُ إلَّا بطريقِ النِّيابةِ عن العاقِدِ، فَيُقدَّرُ الخيارُ له اقتضاءً، ثمَّ يُجعَلُ هو[٢] نائباً عنه تصحيحاً لِتَصرُّفِهِ[٣]، وعند ذلك يكونُ لكلِّ واحدٍ منهما الخيارُ، فأيُّهما أجازَ جازَ، وأيُّهما نقَضَ انتقَضَ.

(ولو أجازَ أحَدُهما وفَسَخَ الآخَرُ، يُعتَبَرُ السَّابِقُ)؛ لِوُجودِهِ في زمانٍ لا يُزاحِمُهُ فيه غيرُهُ.

ولو خرج الكَلامانِ منهما مَعاً، يُعتَبَرُ تَصرُّفُ العاقدِ في روايةٍ، وتَصرُّفُ الفاسخِ في أخرى.

وجهُ الأوَّل: أنَّ تصرُّفَ العاقدِ أقوى؛ لأنَّ النَّائبَ يَستفيدُ الوِلايةَ منه.

وجه الثاني: أنَّ الفَسخ أقوى؛ لأنَّ المُجازَ يَلحَقُهُ الفَسخُ[٤]، والمَفسوخُ لا تلحَقُهُ الإجازةُ[٥]، ....

---

(١) أي: أصل اشتراطِ الخيارِ لغيرِ العاقدِ.

(٢) أي: من له الخيار.

(٣) أي: لتصرُّف العاقد.

(٤) كما لو أجاز من له الخيار، والمبيعُ قد هلكَ عند البائعِ، فينفسخُ العقدُ بعدَ إجازته.

(٥) فلو هلك المبيع عند البائع، وبعد هلاكه أجاز المشتري العقدَ، فهذه الإجازة لا تلحقُ العقد؛ لأنَّ العقدَ انفسخ بهلاك المبيع.

وَمَنْ باعَ عَبدَينِ بألفِ دِرهَم على أنَّه بالخيارِ في أحَدِهما ثلاثةَ أيَّامٍ، فالبيعُ فاسِدٌ، وإنْ باعَ كلَّ واحدٍ منهما بِخَمسمائةٍ على أنَّهُ بالخيارِ في أحَدِهما بِعَينِهِ، جازَ البيعُ.

ولمَّا مَلَكَ كلُّ واحدٍ منهما التَّصرُّفَ رَجَّحنا بحال التَّصرُّف[1].

وقيل: الأوَّلُ قولُ محمَّد، والثَّاني قولُ أبي يوسف، واستُخرِج ذلك ممَّا إذا باع الوكيلُ من رجلٍ والمُوكِّلُ من غيره معاً؛ فمحمدٌ يَعتبِرُ فيه تصرُّفَ المُوكِّلِ، وأبو يوسف يَعتَبِرُهما[2].

قال: (وَمَنْ باعَ عَبدَينِ بألفِ دِرهَم على أنَّه بالخيارِ في أحَدِهما ثلاثةَ أيَّامٍ، فالبيعُ فاسِدٌ، وإنْ باعَ كلَّ واحدٍ منهما بِخَمسمائةٍ على أنَّهُ بالخيارِ في أحَدِهما بِعَينِهِ، جازَ البيعُ)، والمسألةُ على أربعةِ أوجهٍ:

أحدها: أنْ لا يُفصِّلَ الثَّمنَ، ولا يُعيِّنَ الذي فيه الخيارُ، وهو الوجهُ الأوَّلُ في الكتاب، وفسادُهُ لِجَهالةِ الثَّمنِ والمَبيعِ؛ لأنَّ الذي فيه الخيارُ كالخارج عن العقدِ، إذِ العقدُ مع الخيارِ لا يَنعقِدُ في حقِّ الحُكمِ، فبقيَ الدَّاخلُ فيه أحَدُهما، وهو غيرُ مَعلومٍ.

والوجهُ الثَّاني: أنْ يُفصِّلَ الثَّمنَ، ويُعيِّنَ الذي فيه الخيارُ، وهو المذكورُ ثانياً في الكتاب، وإنَّما جاز؛ لأنَّ المَبيعَ معلومٌ والثَّمنَ معلومٌ، وقَبولُ العَقدِ في الذي فيه الخيارُ، وإنْ كان شَرْطاً لانعقادِ العَقدِ في الآخَرِ، ولكن هذا غيرُ مُفسِدٍ

---

(١) يعني: لمَّا كان كلٌّ منهما أصلاً في التَّصرُّف من وجه، العاقدُ من حيثُ التَّملُّك، والأجنبيُّ من حيث شَرطِ الخيارِ له، لم يَترجَّح الأمرُ من حيث التَّصرُّفُ، فرجَّحنا من حيث حالُ التَّصرُّفِ، فرجَّحنا الفسخَ لأنَّ حالَهَ أقوى من حال الإجازة.
ووجهُ كونِ حالِ الفَسخِ أقوى: أنَّ الفسخَ لا تلحقُهُ الإجازةُ، والإجازةَ يَلحقُها الفَسخُ، فكان الفسخُ أقوى، والله أعلم.

(٢) ويجعلُ المبيع مشتركاً بينهما بالنصف، ويخيَّرُ كلُّ واحدٍ من المشتركين، إن شاء أخذ النِّصف بنصف الثَّمن، وإن شاء نقض البيع. بناية.

ومَنِ اشْتَرَى ثَوْبَينِ على أنْ يأخُذَ أيَّهما شاءَ بِعَشَرةٍ، وهو بالخيارِ ثلاثَةَ أيَّامٍ، فهو جائزٌ، وكذا الثَّلاثةُ، فإنْ كانت أربعَةَ أثوابٍ فالبيعُ فاسِدٌ. ....

للعقدِ؛ لِكَونِهِ[1] مَحلاً للبيعِ[2]، كما إذا جَمَعَ بينَ قِنٍّ ومُدبَّرٍ[3].

والثَّالثُ: أن يُفصِّلَ ولا يُعيِّنَ.

والرَّابع: أنْ يُعيِّنَ ولا يُفصِّلَ، فالعقدُ فاسدٌ في الوجهين: إمَّا لِجهالةِ المَبيعِ، أو لِجَهالةِ الثَّمَن.

مطلب في خيار التعيين

قال: (ومَنِ اشْتَرَى ثَوْبَينِ على أنْ يأخُذَ أيَّهما شاءَ بِعَشَرةٍ[4]، وهو بالخيارِ ثلاثَةَ أيَّامٍ، فهو جائزٌ، وكذا الثَّلاثةُ، فإنْ كانت أربعَةَ أثوابٍ فالبيعُ فاسِدٌ)، والقياسُ أن يَفسُدَ البيعُ في الكلِّ؛ لِجَهالةِ المَبيعِ، وهو قولُ زفرَ والشَّافعيِّ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ شَرْعَ الخِيارِ لِلحاجَةِ إلى دَفْعِ الغَبْنِ؛ لِيَختارَ ما هو الأرفَقُ والأوفَقُ، والحاجةُ إلى هذا النَّوعِ من البَيعِ مُتحقِّقةٌ؛ لأنَّه يحتاجُ إلى اختيارِ مَن يَثِقُ به، أو اختيارِ مَن يَشتريهِ لأجلِهِ، ولا يُمكِّنُهُ البائعُ من الحَملِ إليه إلَّا بالبيعِ، فكان في معنى ما وَرَدَ به الشَّرعُ، غيرَ أنَّ هذه الحاجةَ تَندفِعُ بالثَّلاثِ؛ لِوُجودِ الجيِّدِ والوَسطِ والرَّديءِ فيها.

---

(١) أي: مَن فيه الخيار.

(٢) فكان داخلاً في العقد وإن لم يدخل في الحكم.

(٣) حيثُ ينفُذُ البيعُ في القِنِّ بحصَّتِهِ، وإنْ كان قَبولُ العَقدِ في المُدبَّر شرطاً فيه، وذلك لِدُخولِ المُدبَّر في البيعِ لِمَحلِّيَّته له في الجملة. وفي الجمعِ بين القِنِّ والمُدبَّر في البيع خلافٌ سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد.

(٤) المرادُ: أن يَشتري أحَدَ ثَوبينِ أو ثلاثةٍ غيرَ مُعيَّنٍ، على أن يأخُذَ أيَّهما شاء، وهذا خيارُ التَّعيين، يعني: يأخذ أيَّ الثَّوبين أو الثَّلاثةِ شاءَ، على أنَّه بالخيارِ ثلاثةَ أيَّام فيما يُعيِّنه بعدَ تَعيينِهِ للمبيع. أمَّا إذا قال: «بعتُكَ عبداً من هذين بمائة» ولم يذكر قولَهُ «على أنَّك بالخيار في أيِّهما شِئتَ» لا يجوزُ اتِّفاقاً، كقوله: «بعتُكَ عبداً مِن عبيدي». فتح.

والجَهالةُ[1] لا تُفضِي إلى المُنازعةِ في الثَّلاثِ، لِتَعيينِ مَن له الخِيارُ، وكذا في الأربعِ، إلَّا أنَّ الحاجةَ إليها غيرُ مُتحقِّقةٍ[2]، والرُّخصةُ ثُبوتُها بالحاجةِ وكونِ الجَهالةِ غيرَ مُفضيةٍ إلى المنازعةِ، فلا تثبُتُ بأحدهما.

ثمَّ قيل: يُشتَرَطُ أن يكونَ في هذا العقدِ خِيارُ الشَّرطِ مع خيارِ التَّعيينِ، وهو المذكورُ في الجامع الصَّغير. وقيل: لا يُشتَرَطُ، وهو المذكورُ في الجامعِ الكبيرِ، فيكونُ ذِكرُهُ[3] على هذا الاعتبارِ[4] وِفاقاً لا شرطاً[5].

وإذا لم يَذكُرْ خيارَ الشَّرطِ لا بدَّ من تَوقيتِ خيارِ التَّعيينِ بالثَّلاث عندَهُ، وبِمُدَّةٍ معلومةٍ أيَّتُها كانت عندهما.

ثمَّ ذكر في بعض النُّسخ: «اشترى ثَوْبَين»، وفي بَعضِها: «اشتَرَى أحَدَ الثَّوبين» وهو الصَّحيح؛ لأنَّ المَبِيعَ في الحقيقةِ أحَدُهما والآخَرُ أمانةٌ، والأوَّلُ تَجوُّزٌ واستعارةٌ.

ولو هَلَكَ أحدُهُما أو تَعيَّبَ، لَزِمَهُ البيعُ فيه بِثَمَنِهِ وتَعَيَّنَ الآخَرُ للأمانةِ؛ لامتناعِ الرَّدِّ بالتَّعيُّبِ، ولو هَلَكا جميعاً معاً، يَلزَمُهُ نِصفُ ثَمَنِ كُلِّ واحدٍ منهما؛ لِشُيوعِ البَيعِ والأمانةِ فيهما.

ولو كان فيه خِيارُ الشَّرطِ له أن يَرُدَّهما جميعاً[6].

---

(١) جوابٌ عن تعليل زفر والشافعيِّ بها.

(٢) التقدير: الحاجةُ إلى الأربعة غير متحقِّقةٍ؛ لوجود جميع الأوصاف المذكورة في الثَّلاث، ولأنَّ في الأربعة قد يتَّفق ثوبانِ على صفةٍ واحدةٍ، فيحتاج إلى اختيارٍ آخر، فتكثر الجهالة. بناية.

(٣) أي: ذكرُ خيار الشَّرطِ.

(٤) أي: اعتبار الجامع الكبير.

(٥) أي: على سبيل الاتِّفاقِ لا على سبيل الشَّرط.

(٦) فله أن يَردَّهما بخيارِ الشَّرطِ في الأيَّام الثَّلاثةِ؛ لأنَّه أمينٌ في أحَدِهما، فيردُّهُ بحكمِ الأمانةِ، وفي الآخَرِ مُشترٍ قد شَرَط الخيارَ لنفسِهِ فيتمكَّنُ من ردِّه، فإذا مضتِ الأيَّامُ بطَلَ خيارُ الشَّرط، فلا يَملِكُ رَدَّهُما، وبقي له خيارُ التَّعيين فيردُّ أحَدَهما، وإنِ اختار أحَدَهما لَزِمَه ثمَنُهُ لأنَّه عيَّنَ المبيعَ فيه ولَزِمَه، وكان في الآخَرِ أميناً، فإن ضاعَ عنده بعد ذلك لم يضمن. عناية.

وَمَنِ اشتَرَى داراً على أنَّهُ بالخيارِ، فَبِيعَتْ دارٌ أُخرَى بِجَنْبِها، فأخَذَها بالشُّفعَةِ، فهو رِضاً. وإذا اشتَرَى الرَّجلانِ عبداً على أنهما بالخيارِ، فَرَضِيَ أحَدُهما، فليسَ لِلآخَرِ أنْ يَرُدَّهُ. ....

ولو ماتَ مَنْ له الخيارُ فَلِوارِثِهِ أنْ يَرُدَّ أحَدَهما؛ لأنَّ الباقي خيارُ التَّعيينِ للاختلاط، ولهذا لا يتوقَّتُ في حقِّ الوارثِ، وأمَّا خيارُ الشَّرطُ لا يُورَثُ، وقد ذكرناه من قبل[١].

قال: (وَمَنِ اشتَرَى داراً على أنَّهُ بالخيارِ، فَبِيعَتْ دارٌ أُخرَى بِجَنْبِها، فأخَذَها بالشُّفعَةِ، فهو رِضاً)؛ لأنَّ طَلَبَ الشُّفعةِ يدلُّ على اختيارِهِ المِلكَ فيها؛ لأنَّه[٢] ما ثَبَتَ إلَّا لِدَفعِ ضَررِ الجِوارِ، وذلك بالاستدامةِ[٣]، فيتضمَّنُ ذلك سُقوطَ الخيارِ سابقاً عليه، فَيَثبتُ المِلكُ من وَقتِ الشِّراءِ، فيتبيَّنُ أنَّ الجِوارَ كان ثابتاً، وهذا التَّقريرُ يُحتاجُ إليه لِمَذهبِ أبي حنيفة خاصَّةً[٤].

قال: (وإذا اشتَرَى الرَّجلانِ عبداً على أنَّهما بالخيارِ، فَرَضِيَ أحَدُهما، فليسَ لِلآخَرِ أنْ يَرُدَّهُ) عند أبي حنيفة، وقالا: له أن يَرُدَّه، وعلى هذا الخلاف خيارُ العَيبِ وخيارُ الرُّؤيةِ[٥].

لهما: أنَّ إثباتَ الخيارِ لهما إثباتُهُ لكلِّ واحدٍ منهما، فلا يسقطُ بإسقاطِ صاحِبِهِ؛ لِما فيه من إبطالِ حقِّهِ.

---

(١) عند قوله: «وإذا مات من له الخيار بطل خياره» انظر ص (٣٦).

(٢) أي: طلبُ الشُّفعةِ.

(٣) أي: ودفعُ الضَّررِ إنَّما يكون باستدامة المِلكِ في الدَّار المُشتراةِ بالخيار.

(٤) لأنَّ خيارَ المشتري يمنعُ دخولَ المَبيع في مِلكِهِ، ولا بدَّ منه لاستحقاق الشُّفعةِ، وأمَّا عندهما فإنَّ المَبيعَ يدخلُ في مِلكه، فيجوزُ له أن يأخُذَ بالشُّفعة.

(٥) بأن اشترى الرَّجلان شيئاً فاطَّلعا على عيبٍ، فرضي به أحدُهما دونَ الآخَرِ، لم يكن للآخَرِ رَدُّهُ عنده، وعندهما: له ذلك. أو اشتَرَيا ولم يَرَيا، فعندَ الرُّؤيةِ رَضِيَ أحدُهما دونَ الآخَر.

وَمَنْ باعَ عبداً على أَنَّهُ خَبَّازٌ أو كاتِبٌ، وكانَ بِخِلافِهِ، فالمُشتَرِي بالخيارِ: إنْ شاءَ أَخَذَهُ بِجَميعِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ.

وله: أنَّ المَبيعَ خرجَ مِن مِلكِهِ غيرَ مَعيبٍ لِعَيبِ الشَّركةِ، فلو ردَّهُ أحَدُهما رَدَّهُ مَعيباً به، وفيه إلزامُ ضَررٍ زائدٍ[1]، وليس من ضرورةِ إثباتِ الخيارِ لَهما الرِّضا بِرَدِّ أحَدِهما؛ لِتَصوُّرِ اجتماعِهِما على الرَّدِّ[2].

قال: (ومَنْ باعَ عبداً على أنَّهُ خَبَّازٌ أو كاتِبٌ، وكانَ بِخِلافِهِ، فالمُشتري بالخيارِ: إنْ شاءَ أَخَذَهُ بِجَميعِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ)؛ لأنَّ هذا وَصفٌ مرغوبٌ فيه، فَيُستَحَقُّ في العقدِ بالشَّرطِ، ثمَّ فواتُهُ يُوجِبُ التَّخييرَ؛ لأنَّه ما رَضِيَ به دونَهُ.

وهذا[3] يَرجِعُ إلى اختلافِ النَّوعِ[4] لقلَّةِ التَّفاوُتِ في الأغراضِ، فلا يَفسُدُ العقدُ بِعَدمِهِ، بمنزلَةِ وَصفِ الذُّكورةِ والأنوثةِ في الحَيواناتِ، وصارَ كَفَواتِ وَصفِ السَّلامةِ.

وإذا أخَذَهُ أخَذَهُ بجميعِ الثَّمنِ؛ لأنَّ الأوصافَ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمنِ[5]؛ لِكَونِها تابِعةً في العقدِ على ما عُرِف.

---

(١) فإنَّ البائعَ كان بحيثُ يَنتفِعُ به متى شاءَ كيف شاءَ، فصار بحيثُ لا يَقدِرُ على ذلك إلَّا بطريق المُهايأة، والخيارُ ما شُرِع لِدَفعِ الضَّررِ عن أحَدِهِما بإلحاقِ الضَّررِ بالآخرِ.

(٢) أي: إثباتُ الخيارِ لهما ليس عينَ الرِّضا بردِّ أحدِهما، ولا الرِّضا بردِّ أحدِهِما لازمٌ من لَوازِمِ إثباتِ الخيارِ لهما؛ لِتَصوُّرِ الانفكاكِ بتصوُّرِ اجتماعِهِما على الرَّدِّ، فلا يلزَمُ من إثباتِ الخيارِ لهما الرِّضا بردِّ أحَدِهِما.

(٣) أي: الاختلافُ في النَّوع بكونِهِ خبازاً أو غيرَ خبَّازٍ، وبكونِهِ كاتباً أو غيرَ كاتبٍ.

(٤) يعني: بمنزلة الاختلافِ في النَّوعِ، حتى لا يفسدُ العقدُ، بل يكون المشتري بالخيار.

(٥) أي: ما لم تكن مقصودةً، وقصدُ الوصف يكون عن طريق إفرادِهِ بذكر الثَّمن، كما مرَّ فيما لو باع المذروع كلَّ ذراع بكذا.

باب خيار الرؤية

قال: ومَنِ اشتَرَى شَيئاً لم يَرَهُ فَالبَيعُ جائِزٌ، وله الخِيارُ إذا رآهُ، إنْ شاءَ أَخَذَهُ بجميعِ الثَّمنِ وإنْ شاءَ رَدَّهُ. ....

(باب خيار الرؤية)

قال: (ومَنِ اشتَرَى شَيئاً لم يَرَهُ فَالبَيعُ جائِزٌ[1]، وله الخِيارُ إذا رآهُ، إنْ شاءَ أَخَذَهُ بجميعِ الثَّمنِ وإنْ شاءَ رَدَّهُ).

وقال الشَّافعيُّ[2]: لا يصحُّ العقدُ أصلاً؛ لأنَّ المبيعَ مجهولٌ.

ولنا: قوله ﷺ: «مَن اشترى شيئاً لم يَرَهُ فلَهُ الخيارُ إذا رآهُ»[3]؛ ولأنَّ الجهالةَ

---

(١) صورته: أن يقول له: «بعتك الثَّوبَ الذي في هذا الصُّندوق»، أو «بعتك الفرس الذي في الاصطبل»، إلى غير ذلك.

(٢) قال الرافعي في الشرح الكبير (٨/١٤٦) دار الفكر: في بيع الأعيان الغائبةِ والحاضرة التي لم تُرَ قولان:
- قال في القديم وفى الاملاء والصرف من الجديد: إنَّه صحيحٌ.
- وقال في الأم والبويطى: لا يصحُّ، وهو اختيار المزني. ووجهه: أنَّه بيعُ غررٍ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، ولأنه مبيعٌ مجهولُ الصِّفة عند العاقد حالَ العقد، فلم يصحَّ بيعُهُ، كما لو أسلم في شيء ولم يصفه. واشتهر القول الأوَّلُ بالقديم، والثاني بالجديد. اهـ.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع (١٠) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ اشترى شيئاً لم يرَهُ فهو بالخيارِ إذا رآه»، وفي سنده عمر بن إبراهيم، قال الدارقطني عنه: يقال له الكرديُّ، يضَعُ الأحاديث.
وأخرج أيضا برقم (٨) عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحولٍ رَفَعَ الحديثَ إلى النَّبيِّ ﷺ قال: قال: «مَنِ اشترى شيئاً لم يَرَه فهو بالخيارِ إذا رآه، إن شاء أَخَذَهُ وإن شاءَ تَرَكَه» قال الدار قطني: هذا مرسَلٌ، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف.
وفي فتح القدير: رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه ﷺ: «مَنِ اشترى شيئاً لم يَرَهُ فهو بالخيار إذا رآه».

وكذا إذا قال: «رَضِيتُ» ثمَّ رآهُ، لَهُ أنْ يَرُدَّهُ. ومَنْ باعَ ما لَمْ يَرَهُ فلا خِيارَ لَهُ.

بعَدَمِ الرُّؤيةِ لا تُفضي إلى المنازعة، لأنَّه لو لم يُوافِقْه يَردُّه، فصارَ كجهالةِ الوَصفِ في المُعايَنِ المُشارِ إليه.

(وكذا إذا قال: «رَضِيتُ» ثمَّ رآهُ، لَهُ أنْ يَرُدَّهُ)؛ لأنَّ الخيارَ مُعلَّقٌ بالرُّؤيةِ؛ لِما روينا، فلا يثبُتُ قبلَها، وحقُّ الفَسخِ قبلَ الرُّؤيةِ بِحُكمِ أنَّه[1] عَقدٌ غيرُ لازمٍ لا بِمُقتَضى الحديثِ، ولأنَّ الرِّضا بالشَّيءِ قبلَ العلمِ بأوصافِهِ لا يتحقَّقُ، فلا يُعتَبَرُ قولُه: «رضيتُ» قبلَ الرُّؤيةِ، بخلاف قوله: «رَددتُ».

قال: (ومَنْ باعَ ما لَمْ يَرَهُ فلا خِيارَ لَهُ)، وكان أبو حنيفة يقولُ أوَّلاً: له الخيارُ اعتباراً بخيارِ العيبِ وخيارِ الشَّرط[2]، وهذا[3] لأنَّ لُزُومَ العقدِ بتمامِ الرِّضا زوالاً وثُبوتاً[4]، ولا يتحقَّقُ ذلك إلَّا بالعلمِ بأوصافِ المَبيعِ، وذلك بالرُّؤيةِ، فلم يكنِ البائعُ راضياً بالزَّوال.

ووجهُ القولِ المَرجوعِ إليه: أنَّه[5] معلَّقٌ بالشِّراء؛ لِما روينا، فلا يثبُتُ دونَهُ. وروي «أنَّ عثمانَ بنَ عفَّان باع أرضاً له بالبَصرةِ من طَلحَةَ بنِ عُبيد الله، فقيل لِطلحةَ: إنَّك قد غُبِنتَ، فقال: لي الخيارُ؛ لأنِّي اشتريتُ ما لم أره. وقيل لعثمانَ: إنَّك قد غُبِنتَ، فقال: لي الخيارُ؛ لأنِّي بِعتُ ما لم أرَهُ. فحَكَّما بينهما جُبَيرَ بنَ مُطعِم. فقضى بالخيارِ لِطلحَةَ، وكان ذلك بِمَحضَرٍ من الصَّحابة رضي الله عنهم»[6].

(١) أي: العقد بخيار الرُّؤية.

(٢) من جهة أنَّ كلاً من خيار العيب وخيار الشَّرط، يصحُّ من البائع والمشتري، وكذا خيار الرُّؤية على القول الأوَّل المرجوع عنه.

(٣) أي: ثبوتُ خيار الرُّؤية للبائع.

(٤) «زوالا» للمِلكِ عن المبيع في حقِّ البائع، و«ثبوتاً» للمِلكِ في المبيع في حقِّ المشتري.

(٥) أي: الخيار.

(٦) قال الزيلعي (٤/ ١٠): أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص: أنَّ طلحةَ رضي الله عنه اشترى من عثمانَ بنِ عفَّان رضي الله عنه مالاً، فقيل لعثمان: إنَّك قد غُبِنتَ، فقال عثمان: لي الخيارُ؛ لأنِّي بِعتُ

وَمَنْ نَظَرَ إلى وَجْهِ الصُّبرةِ، أو إلى ظاهرِ الثَّوبِ مَطْوِيّاً، أو إلى وَجْهِ الجاريةِ، أو إلى وَجهِ الدَّابَّةِ وكَفَلِها، فلا خيارَ لَهُ. ....

ثمَّ خيارُ الرُّؤيةِ غيرُ مُؤقَّتٍ، بل يَبقَى إلى أنْ يُوجَدَ ما يُبطِلُه، وما يُبطِلُ خيارَ الشَّرطِ من تَعيُّبٍ أو تَصرُّفٍ يُبطِلُ خِيارَ الرُّؤيةِ[1].

ثمَّ إن كان تَصرُّفاً لا يُمكِنُ رَفعُهُ، كالإعتاقِ والتَّدبيرِ[2]، أو تَصرُّفاً يُوجِبُ حقَّاً للغير، كالبيعِ المُطلَقِ والرَّهنِ والإجارةِ[3]، يُبطِلُه قبلَ الرُّؤيةِ وبعدَها؛ لأنَّه لمَّا لَزِمَ تَعذَّرَ الفسخُ، فبَطَلَ الخيارُ.

وإن كان تَصرُّفاً لا يُوجِبُ حقَّاً للغيرِ، كالبيعِ بِشَرطِ الخيارِ والمُساومةِ والهبةِ من غيرِ تَسليمٍ، لا يُبطِلُهُ قبلَ الرُّؤيةِ؛ لأنَّه لا يَربُو على صَريحِ الرِّضا[4]، ويُبطِلُهُ بعدَ الرُّؤيةِ لِوُجودِ دِلالةِ الرِّضا.

قال: (ومَنْ نَظَرَ إلى وَجْهِ الصُّبرةِ، أو إلى ظاهرِ الثَّوبِ مَطْوِيّاً، أو إلى وَجْهِ الجاريةِ، أو إلى وَجهِ الدَّابَّةِ وكَفَلِها[5]، فلا خيارَ لَهُ)، ....

= ما لم أرَهُ، وقال طلحة رضي الله عنه: لي الخيار؛ لأنِّي اشتريتُ ما لم أره، فحَكَّما بينهما جُبَير بن مُطعِم رضي الله عنه، فقَضَى أنَّ الخيارَ لِطلحةَ ولا خيارَ لعثمان. اهـ.

والظاهرُ أنَّ مِثلَ هذا يكونُ بِمَحضرٍ من الصَّحابةِ رضي الله عنهم؛ لأنَّ قضيَّةً يجري فيها التَّخالفُ بين رجلين كبيرين، ثمَّ إنَّهما حكَّما فيها غيرَهُما، فالغالبُ على الظَّنِّ شُهرَتُها وانتشارُ خبرِها، فحين حَكَمَ جُبيرٌ بذلك، ولم يُروَ عن أحدٍ خِلافَهُ كان إجماعاً سكوتيّاً ظاهراً. فتح.

(١) «ما» في قوله: «ما يُبطل» مبتدأٌ، وخبرُهُ جملةُ «يُبطِل خيار الرُّؤية».

(٢) كالإعتاقِ والتَّدبيرِ للعبدِ الذي اشتراه ولم يرَهُ.

(٣) أي: باع العينَ التي اشتراها ولم يرَها بيعاً مطلقاً – أي: خاليا عن خيار الشَّرط للبائع – أو رهنها، أو أجَّرها.

(٤) أي: لأنَّ هذا التَّصرُّف لا يزيد على صريح الرِّضا، مع أنَّ صريح الرِّضا قبل رؤيةِ المبيع لا يُبطل خيار الرُّؤيةِ، فعدمُ إبطالِهِ بما هو أدنى منه أولى.

(٥) أي: عجزها.

وإنْ رأى صَحْنَ الدَّارِ فلا خِيارَ لَهُ وإنْ لَمْ يُشاهِد بُيُوتَها. ....

والأصلُ في هذا[1]: أنَّ رؤيةَ جميعِ المَبيعِ غيرُ مَشروطٍ؛ لِتعذُّرِهِ، فَيُكتَفَى برؤيةِ ما يَدُلُّ على العِلْمِ بالمَقصُودِ.

ولو دَخَلَ في البيعِ أشياءُ، فإنْ كانَ لا تتفاوَتُ آحادُها، كالمَكِيلِ والمَوزُونِ، وعلامَتُهُ[2]: أن يُعرَضَ بالنَّمُوذَجِ، يُكتَفَى بِرُؤيةِ واحدٍ منها، إلَّا إذا كان الباقي أردأَ مِمَّا رأى، فحينئذٍ يكونُ له الخيارُ.

وإنْ كان تتفاوتُ آحادُها كالثِّيابِ والدَّوابِّ، لا بدَّ من رؤيةِ كلِّ واحدٍ منها، والجَوزُ والبَيضُ من هذا القَبيلِ فيما ذَكَرَه الكرخيُّ، وكان ينبغي أن يكونَ مِثلَ الحِنطَةِ والشَّعيرِ؛ لِكَونها مُتقارِبةً.

إذا ثبتَ هذا فنقولُ: النَّظرُ إلى وَجهِ الصُّبرَةِ كافٍ؛ لأنَّه يُعرِّفُ وَصْفَ البَقيَّةِ؛ لأنَّه مَكيلٌ يُعرَضُ بالنَّمُوذَجِ، وكذا النَّظرُ إلى ظاهرِ الثَّوبِ مِمَّا يُعلَمُ به البَقيَّةُ، إلَّا إذا كان في طَيِّهِ ما يكونُ مَقصُوداً كمَوْضِعِ العَلَمِ.

والوجهُ هو المَقصودُ في الآدميِّ، وهو والكَفَلُ في الدَّوابِّ، فَيُعتَبَرُ رؤيةُ المَقصودِ ولا يُعتَبَرُ رؤيةُ غيرِهِ، وشَرَطَ بعضُهُم رؤيةَ القَوائمِ. والأوَّلُ هو المَرويُّ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ.

وفي شاةِ اللَّحم لا بدَّ من الجَسِّ؛ لأنَّ المَقصودَ - وهو اللَّحمُ - يُعرَفُ به. وفي شاةِ القُنيةِ لا بَدَّ من رُؤيةِ الضَّرعِ.

وفيما يُطعَمُ لا بدَّ من الذَّوقِ؛ لأنَّ ذلك هو المُعرِّفُ للمَقصُودِ.

قال: (وإنْ رأى صَحْنَ الدَّارِ فلا خِيارَ لَهُ وإنْ لَمْ يُشاهْد بُيُوتَها)، وكذلك إذا رأى خارجَ الدَّارِ، أو رأى أشجارَ البُستانِ من خارجٍ.

---

(1) أي: في إسقاطِ خيارِ الرُّؤيةِ.

(2) أي: علامةُ ما لا يتفاوتُ آحاده.

وَنَظَرُ الوَكيلِ كَنَظَرِ المُشترِي، حتَّى لا يَرُدَّهُ إلَّا مِنْ عَيبٍ، ولا يكونُ نَظَرُ الرَّسُولِ كَنَظَرِ المُشترِي، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هما سَواءٌ، وله أنْ يَرُدَّهُ. ....

وعند زفر: لا بدَّ من دُخولِ داخلِ البيوت، والأصحُّ أنَّ جوابَ الكتابِ على وِفاقِ عادَتِهم في الأبنية، فإنَّ دُورَهُم لم تكن مُتفاوِتةً يومئذٍ، فأمَّا اليومُ فلا بدَّ من الدُّخولِ في داخلِ الدَّارِ للتَّفاوت، والنَّظرُ إلى الظَّاهرِ لا يُوقِعُ العِلمَ بالدَّاخلِ.

قال: (ونَظَرُ الوَكيلِ[1] كَنَظَرِ المُشترِي، حتَّى لا يَرُدَّهُ إلَّا مِنْ عَيبٍ، ولا يكونُ نَظَرُ الرَّسُولِ كنَظَرِ المُشترِي[2]، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: هما[3] سَواءٌ، وله أنْ يَرُدَّهُ)، قال: معناهُ الوكيلُ بالقبضِ، فأمَّا الوكيلُ بالشِّراءِ فرؤيتُهُ تُسقِطُ الخيارَ بالإجماع.

لهما: أنَّه توكَّل بالقبضِ[4] دونَ إسقاطِ الخيارِ، فلا يَملِكُ ما لم يَتوكَّلْ به، وصار كخيارِ العَيبِ[5] والشَّرطِ[6] والإسقاطِ قَصداً[7].

وله: أنَّ القبضَ نوعان: تامٌّ: وهو أن يَقبِضَه وهو يراه[8]، وناقصٌ: وهو أنْ

---

(١) يعني: الوكيل بالقبض - كما فسَّره المصنِّف -، وهو مَن يقولُ له المُوكِّل: وَكَّلتُكَ بِقَبضِهِ، أو كُنْ وَكيلاً عنِّي بِقَبضِهِ.

(٢) «الرَّسول» هو مَن يقول له المشتري: «قل: لِفُلانٍ يدفعُ إليكَ المَبيعَ» أو «أنتَ رسولي إليه في قَبضِهِ» أو «أرسلتُكَ لِقَبضِهِ» أو «أمرتُكَ بِقَبضِهِ»، وعلى هذا إذا قال: «اذهب فاقبِضْهُ» يكونُ رسولاً لا وكيلاً؛ لأنَّه من ما صَدَقاتِ «أمرتك».

(٣) يعني: الرَّسول والوكيل بالقبض.

(٤) أي: قَبلَ الوكالةَ بالقبض.

(٥) صورته: اشترى شيئاً، ثمَّ وكَّل بقَبضِه، فقبض الوكيلُ المبيعَ معيباً، وقد رأى العيبَ، فلا يسقطُ خيارُ العيبِ عن الموكِّل.

(٦) صورته: اشترى شيئاً بِشَرطِ الخيارِ، ثمَّ وكَّل بقَبضِهِ، لم يسقط الخيار عن الموكَّل.

(٧) بأن قَبَضَه الوكيلُ بالقبضِ مستوراً، ثمَّ رآه فأسقَطَ الخيارَ قصداً، لا يسقطُ.

(٨) وإنَّما كان هذا قبضاً تاماً؛ لأنَّ خيارَ الرُّؤيةِ يَبطُلُ بهذا القبض.

وبَيعُ الأعمى وشِراؤُهُ جائزٌ، ولَهُ الخِيارُ إذا اشْتَرَى، ....

يَقبِضَهُ مَستوراً. وهذا[١]؛ لأنَّ تمامَهُ بِتَمامِ الصَّفقةِ، ولا تتمُّ مع بقاءِ خيارِ الرُّؤيةِ، والمُوكِّلُ مَلَكَه بِنَوعيهِ، فكذا الوكيلُ.

ومتى قَبَضَ المُوكِّلُ وهو يراهُ، سَقَط الخيارُ، فكذا الوكيلُ لإطلاقِ التَّوكيلِ. وإذا قبَضَهُ مستوراً انتهى التَّوكيلُ بالنَّاقِصِ منه، فلا يَملِكُ إسقاطَهُ قصداً بعد ذلك.

بخلافِ خيارِ العَيبِ؛ لأنَّه لا يمنعُ تمامَ الصَّفقةِ فيتمُّ القَبضُ مع بقائه.

وخيارُ الشَّرطِ على هذا الخلاف[٢]، ولو سُلِّمَ[٣]، فالموكِّلُ لا يَملِكُ التَّامَّ منه، فإنَّه لا يسقُطُ بِقَبضِهِ؛ لأنَّ الاختيارَ - وهو المقصودُ بالخيار - يكونُ بعدَهُ، فكذا لا يَملِكُهُ وكيلُهُ.

وبخلاف الرَّسولِ؛ لأنَّه لا يَملِكُ شيئاً[٤]، وإنَّما إليه تبليغُ الرِّسالةِ، ولهذا لا يَملِكُ القبضَ والتَّسليمَ إذا كان رسولاً في البيع.

مطلب في بيع الأعمى وشرائه

قال: (وبَيعُ الأعمى وشِراؤُهُ جائزٌ، ولَهُ الخِيارُ إذا اشْتَرَى)؛ لأنَّه اشترى ما لم يَرَهُ، وقد قرَّرناهُ من قبلُ.

---

(١) إشارةٌ إلى تنوُّع القبض إلى نوعين.

(٢) هذا جوابٌ عن قولهما فيما تقدَّم «والشَّرط»، أي: وكخيار الشَّرط. وبيانه: أنَّ خيار الشَّرطِ لا يصلُحُ مقيساً عليه؛ لأنَّه على هذا الخلافِ، ذكر القدوريُّ أنَّ من اشترى شيئاً على أنَّه بالخيار، ووكَّل وكيلاً بقَبضِهِ بعدما رآه، فهو على الخلاف المتقدِّم بين أبي حنفية وصاحبيه. بناية بتصرف.

(٣) أي: ولو سُلِّم بقاء الخيار.

(٤) من القبض، لا التَّامِّ ولا النَّاقص؛ لأنَّه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرِّسالة.

ثُمَّ يَسقُطُ خِيارُهُ بِجَسِّهِ المَبِيعَ إذا كان يُعرَفُ بالجَسِّ، وبِشَمِّهِ إذا كان يُعرَفُ بالشَّمِّ، وبِذَوقِهِ إذا كان يُعرَفُ بالذَّوقِ، ولا يَسقُطُ خِيارُهُ في العَقارِ حتَّى يُوصَفَ لَهُ. ومَنْ رأى أَحَدَ الثَّوبَينِ فاشْتَراهُما، ثمَّ رأى الآخَرَ جازَ لَهُ أنْ يَرُدَّهُما. ....

(ثُمَّ يَسقُطُ خِيارُهُ بِجَسِّهِ المَبِيعَ إذا كان يُعرَفُ بالجَسِّ، وبِشَمِّهِ إذا كان يُعرَفُ بالشَّمِّ، وبِذَوقِهِ إذا كان يُعرَفُ بالذَّوقِ)، كما في البصير[1].

(ولا يَسقُطُ خِيارُهُ في العَقارِ حتَّى يُوصَفَ لَهُ)[2]؛ لأنَّ الوصفَ يُقام مُقامَ الرُّؤيةِ، كما في السَّلَم.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه إذا وَقَفَ في مكانٍ لو كان بصيراً لَرآهُ، وقال: «قد رضيتُ» سقَطَ خيارُهُ؛ لأنَّ التَّشبُّهَ يُقامُ مُقامَ الحقيقةِ في مَوضعِ العجزِ، كتحريك الشَّفَتينِ يُقامُ مُقامَ القراءةِ في حقِّ الأخرسِ في الصَّلاةِ، وإجراءِ المُوسَى مُقامَ الحَلْقِ في حقِّ مَن لا شَعْرَ له في الحَجِّ[3].

وقال الحسن: يُوكِّلُ وكيلاً بِقَبضِهِ، وهو يراه. وهذا أشبَهُ بقول أبي حنيفة؛ لأنَّ رؤيةَ الوكيلِ كرؤيةِ المُوكِّلِ، على ما مرَّ آنفاً.

قال: (ومَنْ رأى أَحَدَ الثَّوبَينِ فاشْتَراهُما، ثمَّ رأى الآخَرَ جازَ لَهُ أنْ يَرُدَّهُما)؛ لأنَّ رؤيةَ أحدِهما لا تكونُ رؤيةَ الآخَرِ؛ لِلتَّفاوتِ في الثِّياب، فبقي الخيارُ فيما لم يَرَهُ، ثمَّ لا يَردُّهُ وحدَهُ بل يردُّهما؛ كي لا يكونَ تفريقاً للصَّفقةِ قبلَ التَّمام،

---

(١) ظاهرٌ في أنَّ البَصيرَ إذا لم يَرَ المَبيعَ، ولكن شَمَّه فقط، وهو مِمَّا يُعرَف بالشَّمِّ كالمسكِ ونحوِهِ، فرضي به ثمَّ رآه فلا خيار له. فتح.

(٢) في الدر: وكذا كلُّ ما لا يُعرف بجسٍّ وشمٍّ وذوقٍ. قال في رد المحتار: ظاهره أنَّ ما يُعرف بالجَسِّ ونحوه لا يكفي فيه الوصف، وكذا عكسُهُ. (٧/ ١٦١) عالم الكتاب.

(٣) قال في العناية: وإطلاقُ الرِّوايةِ يدلُّ على أنَّه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف. ثم قال: وقال الفقيه: قال بعضهم: يُوقَفُ في مكانٍ لو كان بصيراً لَرآهُ، ومع ذلك يُوصَفُ له، وهذا أحسنُ الأقاويل، قال: وبه نأخذ.

وَمَنْ ماتَ وله خِيارُ الرُّؤيةِ بَطَلَ خِيارُهُ. وَمَنْ رأى شيئاً ثُمَّ اشتراهُ بعدَ مُدَّةٍ، فإنْ كانَ على الصِّفةِ التي رآهُ، فلا خِيارَ له، وإنْ وَجَدَهُ مُتغيِّراً فَلَهُ الخِيارُ. ....

وهذا لأنَّ الصَّفقةَ لا تتمُّ مع خيارِ الرُّؤيةِ قبلَ القَبضِ وبعده، ولهذا يتمكَّنُ من الرَّدِّ بغير قضاءٍ ولا رضا، ويكون فسخاً من الأصل.

(وَمَنْ ماتَ وله خِيارُ الرُّؤيةِ بَطَلَ خِيارُهُ)؛ لأنَّه لا يجري فيه الإرثُ عندنا، وقد ذكرناه في خيار الشَّرط.

(وَمَنْ رأى شيئاً ثُمَّ اشتراهُ بعدَ مُدَّةٍ، فإنْ كانَ على الصِّفةِ التي رآهُ، فلا خِيارَ له)؛ لأنَّ العِلمَ بأوصافِهِ حاصلٌ له بالرُّؤيةِ السَّابقةِ، وبِفَواتِهِ يثبتُ الخيارُ، إلَّا إذا كان لا يَعلمُ أنَّهُ مَرئيُّهُ لِعَدَمِ الرِّضا به[1].

(وإنْ وَجَدَهُ مُتغيِّراً فَلَهُ الخِيارُ)؛ لأنَّ تلك الرُّؤيةَ لم تقع مُعلِمَةً بأوصافِهِ، فكأنَّه لم يَرَهُ، وإنِ اختَلَفا في التَّغيُّرِ فالقولُ للبائع؛ لأنَّ التَّغيُّرَ حادثٌ، وسببُ اللُّزومِ ظاهرٌ[2]، إلَّا إذا بَعُدَتِ المُدَّة على ما قالوا؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهِدٌ للمشتري[3].

بخلافِ ما إذا اختلفا في الرُّؤيةِ؛ لأنَّها أمرٌ حادثٌ، والمُشتري يُنكِرُه، فيكون القولُ قولَه.

---

(١) أي: لا يعلمُ أنَّ المبيعَ هو ما قد رآه فيما مضى، كأن رأى جاريةً، ثمَّ اشترى جاريةً مُنتقِبَةً، لا يعلَمُ أنَّها التي كان رآها، ثمَّ ظهرت إيَّاها، كان له الخيار.

(٢) أي: لأنَّ دعوى التَّغيُّر حدثت بعد ظهور سبب لزومِ العقدِ، وهو رؤيةُ ما يدلُّ على المقصود من البيع، والأصلُ عدمُ التغيُّرِ، فلا تُقبَل إلَّا بِبيِّنةٍ.

(٣) والمعتمد: إن كان لا يتفاوتُ في تلك المُدَّةِ غالباً، فالقولُ للبائع، وإن كان التَّفاوُتُ غالباً فالقولُ للمشتري.

مثاله: لو رأى دابَّةً أو مَملوكاً، فاشتراه بعد شهر، وقال: تغيَّرَ، فالقولُ للبائع؛ لأنَّ الشَّهر في مِثلِهِ قليلٌ، بخلاف ما لو اشتراه بعد عشر سنين، فالقولُ للمشتري.

وَمَنِ اشتَرَى عِدْلَ زُطِّيٍّ ولم يَرَهُ، فباعَ منه ثوباً أو وَهَبَهُ وسَلَّمَهُ، لم يَرُدَّ شيئاً منها إلَّا مِنْ عَيبٍ، وكذلك خيارُ الشَّرطِ.

قال: (وَمَنِ اشتَرَى عِدْلَ زُطِّيٍّ[1] ولم يَرَهُ[2]، فباعَ منه ثوباً أو وَهَبَهُ وسَلَّمَهُ، لم يَرُدَّ شيئاً منها إلَّا مِنْ عَيبٍ، وكذلك خيارُ الشَّرطِ[3])؛ لأنَّه تعذَّرَ الرَّدُّ فيما خرجَ عن مِلكِه، وفي ردِّ ما بقي تفريقُ الصَّفقةِ قبلَ التَّمام؛ لأنَّ خيارَ الرُّؤيةِ والشَّرطِ يَمنعانِ تَمامَها، بخلاف خيارِ العيبِ؛ لأنَّ الصَّفقةَ تتمُّ مع خيارِ العيبِ بعدَ القبضِ، وإن كانت لا تتمُّ قبلَهُ، وفيه وَضَعَ المسألةَ[4].

فلو عادَ إليه[5] بسببٍ هو فَسخٌ[6]، فهو على خيارِ الرُّؤيةِ، كذا ذكرَهُ شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسِيُّ. وعن أبي يوسف أنَّه لا يعودُ بعد سُقوطِهِ، كخيارِ الشَّرطِ، وعليه اعتمد القُدوريُّ.

---

(١) «العِدْل» بالكسر المِثْل، ومنه: عِدْل المتاع. و«الزُّط» جِيلٌ من الهند، يُنسَبُ إليهم الثِّيابُ الزُّطِّيَّةُ. عناية.

(٢) أي: مَن اشترى عِدلَ زُطِّيٍّ ولم يرَهَ وقَبَضَه فباعَ منه ثوباً، كذا لفظ الجامع الصَّغير. وهو مرادُ المُصنِّف لأنَّه لو لم يَقبِض لم يصحَّ تَصرُّفُه فيه ببيعٍ أو هبةٍ. عناية.

(٣) أي: وكذا لو اشترى العِدْلَ المذكورَ على أنَّ له الخيار ثلاثةَ أيَّام، فباعَ بعضَها أو وَهَبَه، سَقَطَ خيارُهُ في الباقي، وليس له أن يَردَّ بخيارِ الشَّرطِ، إلَّا إن اطَّلَع على عَيبٍ، فيردُّه بخيار العيب.

(٤) أي: وفي المقبوض وَضَعَ محمدٌ المسألةَ؛ لأنَّها لو لم تكن مقيَّدةً به لم تصحَّ صورتُها، إذ لا يصحُّ بيعُ ما لم يُقبَضْ وهِبتُهُ.

(٥) أي: عاد الثَّوبُ الذي باعَه من العِدْل أو وَهَبه، إلى المشتري ...

(٦) كالرَّدِّ بخيارِ الرُّؤيةِ أو الشَّرطِ أو العَيبِ أو الرُّجوعِ في الهبة.

باب خيار العيب

وإذا اطَّلَعَ المُشتَرِي على عَيبٍ في المَبيعِ فهو بالخيار: إن شاءَ أخَذَهُ بجميعِ الثَّمنِ، وإن شاءَ ردَّهُ، وليس له أن يُمسِكَهُ ويأخُذَ النُّقصانَ. وكلُّ ما أوجَبَ نُقصانَ الثَّمنِ في عادَةِ التُّجَّارِ فهو عَيْبٌ، والإباقُ، والبَولُ في الفِراشِ، والسَّرِقَةُ في الصَّغيرِ عَيبٌ ما لم يَبلُغْ، فإذا بَلَغَ فَلَيسَ ذلكَ بِعَيبٍ حتَّى يُعاوِدَهُ بعدَ البُلُوغِ، ....

(باب خيار العيب)

(وإذا اطَّلَعَ المُشتَرِي على عَيبٍ في المَبيعِ فهو بالخيار: إن شاءَ أخَذَهُ بجميعِ الثَّمنِ، وإن شاءَ ردَّهُ[1])؛ لأنَّ مُطلَقَ العقدِ يقتضي وَصْفَ السَّلامةِ، فعند فَوتِهِ يَتخيَّرُ كي لا يَتضرَّرَ بِلزُومِ ما لا يَرضى به.

(وليس له أن يُمسِكَهُ ويأخُذَ النُّقصانَ)؛ لأنَّ الأوصافَ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمن في مُجرَّدِ العقدِ؛ ولأنَّه لم يرضَ بِزَوالِهِ عن مِلكِهِ بأقلَّ من المُسمَّى فيَتَضرَّرُ به، ودَفعُ الضَّررِ عن المُشتري مُمكِنٌ بالرَّدِّ بدون تَضرُّرِهِ.

والمرادُ عيبٌ كان عندَ البائعِ، ولم يَرَهُ المُشتري عندَ البيعِ ولا عندَ القَبضِ؛ لأنَّ ذلك رضاً به.

قال: (وكلُّ ما أوجَبَ نُقصانَ الثَّمنِ في عادَةِ التُّجَّارِ فهو عَيبٌ)؛ لأنَّ التَّضرُّرَ بِنُقصان الماليَّة، وذلك بانتقاصِ القيمةِ، والمَرجِعُ في معرفتِهِ عُرْفُ أهلِهِ.

(والإباقُ، والبَولُ في الفِراشِ، والسَّرِقَةُ في الصَّغيرِ عَيبٌ ما لم يَبلُغْ، فإذا بَلَغَ فَلَيسَ ذلكَ بِعَيبٍ حتَّى يُعاوِدَهُ بعدَ البُلُوغ)، ومعناه: إذا ظهرتْ عند البائعِ في صِغَرِهِ، ثمَّ حدَثَتْ عند المشتري في صِغَرِهِ، فله أن يَردَّه؛ لأنَّه عينُ ذلك.

---

(١) هذا إذا لم يتمكَّن من إزالتِهِ بلا مشقَّةٍ، فإنْ تمكَّنَ فلا، كإحرامِ الجاريةِ فإنَّه بِسَبيلٍ من تَحليلها، ونجاسةِ الثَّوب، وينبغي حملُهُ على ثوبٍ لا يَفسُدُ بالغَسْلِ ولا يَنتَقِصُ. فتح.

والجُنونُ في الصِّغَرِ عَيبٌ أبداً، والبَخَرُ والدَّفَرُ عَيبٌ في الجاريةِ، والزِّنا ووَلَدُ الزِّنا عَيبٌ في الجاريةِ دُونَ الغُلامِ، ....

وإن حدَثَتْ بعد بُلُوغِهِ لم يَردَّه؛ لأنَّه غيرُهُ، وهذا؛ لأنَّ سببَ هذه الأشياءِ يَختلِفُ بالصِّغَر والكِبَر، فالبولُ في الفراشِ في الصِّغَر لِضَعفِ المَثانةِ، وبعدَ الكِبَرِ لِداءٍ في باطِنِهِ، والإباقُ في الصِّغَر لِحُبِّ اللَّعِبِ، والسَّرقةُ لقلَّةِ المُبالاةِ، وهما بعدَ الكِبَر لِخُبثٍ في الباطن.

والمرادُ من الصَّغير مَن يَعقِلُ[1]، فأمَّا الذي لا يَعقِلُ فهو ضالٌّ لا آبِقٌ، فلا يتحقَّقُ عَيباً.

قال: (والجُنونُ في الصِّغَرِ عَيبٌ أبداً)، ومعناه: إذا جُنَّ في الصِّغَر في يدِ البائع، ثمَّ عاوَدَهُ في يدِ المشتري فيه، أو في الكبر يَردُّه؛ لأنَّه عينُ الأوَّلِ، إذِ السَّببُ في الحالين متَّحدٌ، وهو فسادُ العقلِ، وليس معناه أنَّه لا يُشترطُ المُعاوَدَةُ في يد المُشتري؛ لأنَّ اللهَ تعالى قادرٌ على إزالتِهِ، وإن كان قَلَّما يزولُ، فلا بدَّ من المُعاوَدَةِ للرَّدِّ.

قال: (والبَخَرُ والدَّفَرُ[2] عَيبٌ في الجاريةِ)؛ لأنَّ المقصودَ قد يكونُ الاستفراشَ وطَلَبَ الولدِ، وهما يُخِلَّانِ به، وليس بِعَيبٍ في الغلام؛ لأنَّ المقصودَ الاستخدامُ ولا يُخِلَّان به، إلَّا أن يكونَ من داءٍ؛ لأنَّ الدَّاء عيبٌ.

(والزِّنا ووَلَدُ الزِّنا عَيبٌ في الجاريةِ دُونَ الغُلامِ)؛ لأنَّه يُخِلُّ بالمقصود في الجارية، وهو الاستِفْراشُ وطَلَبُ الولدِ، ولا يُخِلُّ بالمقصود في الغلام،

---

(١) المراد بالعقل هنا التَّمييز، وفي ردِّ المحتار (٧/ ١٧٤) ط عالم الكتب: قال في النَّهر: وفسَّره - أي: التَّمييز - بعضُهم بأن يأكُلَ ويشربَ ويستنجيَ وحدَهُ، وهذا يقتضي أن يكونَ ابنَ سبعٍ؛ لأنَّهم قَدَّروه بذلك في الحضانة، لكن وَقَع التَّصريحُ في غيرِ مَوضعٍ بتقديرِهِ بخمسِ سنين فما فوقَها، وما دونَ ذلك لا يكون عيباً. اهـ.

(٢) «البَخَر» رائحة متغيرة من الفم. «الدَّفَر» نَتَنُ ريحِ الإبط.

والكُفْرُ عَيْبٌ فيهما. فَلَو كانتِ الجارِيةُ بالِغَةً لا تَحِيضُ أو هي مُستحاضَةٌ، فهو عَيْبٌ. وإذا حَدَثَ عندَ المُشتري عَيْبٌ، فاطَّلَعَ على عَيبٍ كان عندَ البائعِ، فلَهُ أنْ يَرجِعَ بالنُّقْصانِ، ولا يَرُدُّ المَبيعَ. ....

وهو الاستخدامُ، إلَّا أن يكون الزِّنا عادةً له على ما قالوا؛ لأنَّ اتِّباعَهُنَّ يُخِلُّ بالخدمة.

قال: (والكُفْرُ عَيْبٌ فيهما)؛ لأنَّ طبعَ المُسلمِ يَنفِرُ عن صُحبتِهِ، ولأنَّه يَمتنِعُ صَرْفُهُ في بعضِ الكفَّاراتِ فتختَلُّ الرَّغبةُ.

فلو اشتراه على أنَّه كافرٌ فوجَدَهُ مُسلِماً لا يَردُّهُ؛ لأنَّه زوالُ العيب. وعندَ الشَّافعيِّ يردُّهُ[1]؛ لأنَّ الكافرَ يُستعمَلُ فيما لا يُستعمَلُ فيه المُسلِمُ، وفواتُ الشَّرطِ بمنزلة العَيبِ.

قال: (فَلَو كانتِ الجارِيةُ بالِغَةً لا تَحِيضُ أو هي مُستحاضَةٌ، فهو عَيْبٌ)؛ لأنَّ ارتفاعَ الدَّمِ واستمرارَهُ علامةُ الدَّاءِ. ويُعتَبَرُ في الارتفاعِ أقصى غايةِ البُلُوغِ، وهو سبعَ عشرةَ سنةً فيها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، ويُعرَفُ ذلك بِقَولِ الأمةِ، فَتُرَدُّ إذا انضمَّ إليه نُكُولُ البائعِ قبلَ القبضِ وبعدَهُ، وهو الصَّحيحُ[2].

قال: (وإذا حَدَثَ عندَ المُشتري عَيْبٌ، فاطَّلَعَ على عَيبٍ كان عندَ البائعِ، فلَهُ أنْ يَرجِعَ بالنُّقْصانِ[3]، ولا يَرُدُّ المَبيعَ)؛ لأنَّ في الرَّدِّ إضراراً بالبائع؛ لأنَّه خرج عن

---

(١) قال الرافعي في الشرح الكبير (٨/ ٣٢٥) دار الفكر: ولو شرَطَ إسلامَ العبدِ فبان كافراً، فله الرَّدُّ لفواتِ فضيلةِ الإسلامِ، وكذا لو شرط تَهوُّدَ الجاريةِ أو تَنصُّرَها، فبانت مجوسيَّةً، ولو شَرَطَ كفرَ الرَّقيقِ فبان مسلماً ثبت الخيارُ على المذهب. اهـ.

(٢) احترَزَ بقوله: «في الصَّحيح» عمَّا روي عن أبي يوسف: أنَّها تُرَدُّ قبلَ القبضِ بِقَولِها مع شهادةِ القابلةِ. وعمَّا روي عن محمد: إذا كانت الخصومةُ قبلَ القبضِ يُفسَخُ بِقَولِ النِّساء.
وجهُ الصَّحيح: أنَّ شهادَتَهُنَّ حجَّةٌ ضعيفةٌ، فلا يُحكَم بها إلَّا بِمؤيِّد، وهو نُكُولُ البائعِ. فتح.

(٣) وذلك بأن يُقوَّمَ بلا عيبٍ ثمَّ مع العيبِ، ويُنظَر في التَّفاوت، فإن كان مِقدارَ عُشرِ القيمةِ رَجَعَ بِعُشرِ الثَّمنِ، وإن كان أقلَّ أو أكثرَ فعلى هذا الطَّريق، حتَّى لو اشتراه بعشرةٍ وقيمتُهُ مائةٌ، وقد نقَصَهُ العيبُ

وَمَنِ اشتَرَى ثوباً فقَطَعَهُ، فَوَجَدَ به عَيباً، رَجَعَ بالعَيبِ، فإنْ قال البائعُ: «أنا أقبَلُهُ كذلكَ»، كان له ذلكَ، فإنْ باعَهُ المُشتري لم يَرجِعْ بِشَيءٍ، فإنْ قَطَعَ الثَّوبَ وخاطَهُ، أو صَبَغَهُ أحمَرَ، أو لَتَّ السَّويقَ بِسَمنٍ ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ رَجَعَ بنُقصانِهِ، وليسَ لِلبائعِ أنْ يأخُذَهُ، ....

مِلكِهِ سالماً، ويَعُودُ مَعيباً فامتَنَعَ، ولا بدَّ من دَفعِ الضَّررِ عنه، فتعيَّنَ الرُّجوعُ بالنُّقصانِ، إلَّا أن يرضى البائعُ أن يأخذَهُ بِعَيبِهِ؛ لأنَّه رضي بالضَّرر.

قال: (ومَنِ اشتَرَى ثوباً فقَطَعَهُ، فَوَجَدَ به عَيباً، رَجَعَ بالعَيبِ)؛ لأنَّه امتَنَعَ الرَّدُّ بالقَطعِ؛ فإنَّه عيبٌ حادث. (فإنْ قال البائعُ: «أنا أقبَلُهُ كذلكَ»، كان له ذلكَ)؛ لأنَّ الامتناعَ لِحَقِّهِ، وقد رضي به.

(فإنْ باعَهُ المُشتري[1] لم يَرجِعْ بِشَيءٍ)؛ لأنَّ الرَّدَّ غيرُ مُمتَنِعٍ برضا البائع، فيصيرُ هو بالبيعِ حابِساً لِلمَبيعِ، فلا يَرجِعُ بالنُّقصانِ.

(فإنْ قَطَعَ الثَّوبَ وخاطَهُ، أو صَبَغَهُ أحمَرَ[2]، أو لَتَّ السَّويقَ بِسَمنٍ ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ رَجَعَ بِنُقصانِهِ)؛ لامتناعِ الرَّدِّ بسببِ الزِّيادةِ؛ لأنَّه لا وجهَ إلى الفسخِ في الأصلِ بدونها؛ لأنَّها لا تنفكُّ عنه، ولا وجهَ إليه معها؛ لأنَّ الزِّيادةَ ليست بِمَبيعةٍ فامتَنَعَ أصلاً، (وليسَ لِلبائعِ أنْ يأخُذَهُ[3])؛ لأنَّ الامتناعَ لِحَقِّ الشَّرعِ[4] لا لِحَقِّهِ.

= عشَرَةٌ، رَجَعَ بعُشرِ الثَّمنِ، وهو دِرهَمٌ.
ولا بدَّ أن يكون المُقوِّمُ اثنين يُخبِران بلفظ الشَّهادة بِحَضرةِ البائعِ والمشتري. والمُقوِّمُ الأهلُ في كلِّ حرفة. رد المحتار (٧/ ١٨٥)ط عالم الكتب.

(١) أي: بعدَ القطعِ، بعدَ علمِهِ بالعيب أو قبلَهُ.

(٢) قيَّد بالأحمر لتكونَ الزِّيادةُ في المبيع بالاتِّفاق؛ لأنَّ السواد نقصانٌ عند أبي حنيفة، فيكون للبائع أخذُهُ، وعندهما زيادةٌ كالحمرة. بناية بتصرف، وهو اختلاف زمان، كما في رد المحتار (٧/ ١٩٠)ط عالم الكتب.

(٣) وإن رضي المشتري بترك الزِّيادة.

(٤) بيانه: لو ردَّه على الزِّيادة لَزِم الرِّبا، فإنَّ الزِّيادةَ حينئذٍ تكونُ فضلاً مُستَحَقّاً في عَقدِ المُعاوضةِ =

فإنْ باعَهُ المُشتري بَعدَما رأى العَيبَ رَجَعَ بالنُّقصانِ. إنَّ مَنِ اشترى ثَوباً فَقَطَعَهُ لِباساً لِوَلَدِهِ الصَّغيرِ وخاطَهُ، ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ، لا يَرجِعُ بالنُّقصانِ، ولو كان الوَلَدُ كبيراً يَرجِعُ. ومَنِ اشتَرَى عبداً فأعتَقَهُ أو ماتَ عندَهُ، ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ رَجَعَ بِنُقصانِهِ،

(فإنْ باعَهُ المُشتري[1] بَعدَما رأى العَيبَ رَجَعَ بالنُّقصانِ)؛ لأنَّ الرَّدَّ مُمتَنِعٌ أصلاً قبله، فلا يكونُ بالبيعِ حابِساً للمَبيعِ.

وعن هذا[2] قلنا: (إنَّ مَنِ اشترى ثَوباً فَقَطَعَهُ لِباساً لِوَلَدِهِ الصَّغيرِ وخاطَهُ، ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ، لا يَرجِعُ بالنُّقصانِ[3]، ولو كان الوَلَدُ كبيراً يَرجِعُ[4])؛ لأنَّ التَّمليكَ حَصَلَ في الأوَّلِ قبلَ الخِياطةِ، وفي الثَّاني بعدَها بالتَّسليمِ إليه.

قال: (ومَنِ اشتَرَى عبداً فأعتَقَهُ أو ماتَ عندَهُ، ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ رَجَعَ بِنُقصانِهِ)، أمَّا الموتُ؛ فلأنَّ المِلكَ ينتهي به، والامتناعُ حُكميٌّ لا بِفعلِهِ.

وأمَّا الإعتاقُ فالقياسُ فيه أن لا يَرجِع؛ لأنَّ الامتناعَ بِفِعلِهِ فصارَ كالقَتْل، وفي الاستحسان يَرجِعُ؛ لأنَّ العِتقَ إنهاءُ المِلْك؛ لأنَّ الآدميَّ ما خُلِقَ في الأصل

= بلا مُقابلٍ، وهو معنى الرِّبا أو شُبهَتِه، ولِشُبهةِ الرِّبا حكمُ الرِّبا، فلا يجوز. فتح.

(١) فإن باعَ المشتري الثَّوبَ المَخيطَ أو الثَّوبَ المَصبوغَ بالحُمرةِ، أو السَّويقَ المَلتوتَ بالسَّمنِ بعد ما رأى العيبَ، رَجَعَ بالنُّقصانِ؛ لأنَّ الرَّدَّ كان مُمتنِعاً قبلَ البيعِ، فلا يكونُ المشتري بالبيع حابساً للمبيع، ولو كان البيعُ قبلَ الخياطة كان حابِساً، كما هو الحال في المسألة السَّابقة.

(٢) أي: عمَّا قلنا: إنَّ المشتري متى كان حابساً للمبيع لا يَرجِعُ بِنُقصانِ العَيبِ، ومتى لم يكن حابِساً يَرجِعُ.

(٣) لأنَّ التَّمليك حصل قبل الخياطةِ؛ لأنَّه لمَّا قطعه لِباساً له كان واهباً له وقابضاً لأجلِهِ، فتَتِمُّ الهبةُ بنفسِ الإيجابِ، وقامت يدُهُ مَقامَ يدِ الصَّغير. فالقطعُ عيبٌ حادثٌ وللمشتري الرُّجوعُ بالنُّقصان، وللبائع أن يقول: أنا أقبَلُهُ كذلك، لكن باعتبار أنَّ القَطعَ لِلوَلَدِ الصَّغيرِ، وهو تمليكٌ له، صار حابساً للمبيع، فيمتنعُ الرُّجوعُ بالعيب، وهذه نظيرُ ما إذا باع بعد القطع قبل الخياطة. عناية.

(٤) لأنَّ القطعَ عيبٌ حادثٌ، فللمشتري الرُّجوعُ بالعيبِ، وبالخياطةِ امتَنَعَ الرُّجوعُ حقّاً للشَّرع بسبب الزِّيادة، فبالتَّمليك والتَّسليم بعد ذلك لا يكون حابساً للمبيع لامتناعِ الرَّدِّ قبله، وهذه نظير ما إذا باعه بعد الخياطة والصَّبغِ واللَّتِّ. عناية.

وإنْ أعتقَهُ على مالٍ لم يَرجِعْ بِشَيءٍ، فإنْ قتَلَ المشتري العبدَ، أو كان طعاماً فَأكَلَهَ، لم يَرجِعْ بِشَيءٍ عند أبي حنيفة، أمَّا القَتلُ فالمَذكورُ ظاهرُ الرِّوايةِ، وعن أبي يوسف أنَّهُ يَرجِعُ. ....

مَحلاً لِلمِلْكِ، وإنَّما يَثبُتُ المِلكُ فيه مُوَقَّتاً إلى الإعتاقِ، فكان إنهاءً، فصار كالموت، وهذا[1]؛ لأنَّ الشَّيءَ يَتقرَّرُ بانتهائِهِ، فَيُجعلُ كأنَّ المِلكَ باقٍ والرَّدُّ متعذِّرٌ. والتَّدبيرُ والاستيلادُ بمنزلته؛ لأنَّه تعذَّرَ النَّقلُ[2] مع بقاء المَحلِّ[3] بالأمرِ الحكميِّ.

(وإنْ أعتقَهُ على مالٍ لم يَرجِعْ بِشَيءٍ)؛ لأنَّه حَبَسَ بدَلَهُ، وحَبسُ البدلِ كحَبسِ المُبدَلِ. وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يرجعُ؛ لأنَّه إنهاءٌ لِلمِلكِ وإن كان بِعِوضٍ.

(فإنْ قتَلَ المشتري العبدَ، أو كان طعاماً فَأكَلَهَ، لم يَرجِعْ بِشَيءٍ عند أبي حنيفة. أمَّا القَتلُ فالمَذكورُ ظاهرُ الرِّوايةِ، وعن أبي يوسف أنَّهُ يَرجِعُ)؛ لأنَّ قتلَ المولى عبدَهُ لا يَتعلَّق به حُكمٌ دُنياوِيٌّ، فصار كالموت حَتْفَ أنفِهِ، فيكون إنهاءً.

ووجهُ الظَّاهر: أنَّ القتلَ لا يُوجَدُ إلَّا مضموناً، وإنَّما يسقُطُ الضَّمانُ هاهنا باعتبارِ المِلْك، فيصيرُ كالمُستفيدِ به عِوَضاً[4]، بخلافِ الإعتاقِ؛ لأنَّه لا يُوجِبُ الضَّمانَ لا مَحالةَ، كإعتاقِ المُعسِرِ عبداً مُشتَرَكاً.

وأمَّا الأكلُ فعلى الخلافِ، فعندهما يَرجِعُ[5]، وعنده لا يَرجِعُ استحساناً. وعلى هذا الخلاف: إذا لَبِس الثَّوبَ حتَّى تَخرَّقَ[6].

---

(١) أي: جوازُ الرُّجوعِ بِنُقصانِ العيبِ عند الانتهاءِ؛ لأنَّ الشَّيء ...

(٢) من مِلكٍ إلى مِلكٍ، وبذلك يتعذَّرُ الرَّدُّ.

(٣) احترز به عن الموتِ والإعتاق.

(٤) وهو سلامةُ النَّفس على اعتبار العمد، وسلامةُ الدِّيةِ على اعتبار الخطأ.

(٥) في الخلاصة: عليه الفتوى، وبه أخذَ الطَّحاويُّ. فتح.

(٦) ثمَّ اطَّلع على عيبٍ، عنده: لا يرجع، وعندهما: يرجع.

وَمَنِ اشتَرَى بَيْضاً أو بِطِّيخاً أو قِثَّاءً أو خِياراً أو جَوْزاً، فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فاسِداً، فإنْ لم يَنتفِعْ بِهِ رَجَعَ بالثَّمنِ كُلِّهِ، وإنْ كان يُنتفَعُ بِهِ مَعَ فَسادِهِ لَمْ يَرُدَّهُ، ولكنَّه يَرجِعُ بِنُقصانِ العَيبِ. ....

لهما: أنَّه صَنَع في المَبيعِ ما يُقصَدُ بِشِرائهِ ويُعتادُ فِعلُهُ فيه، فأشبَهَ الإعتاقَ.

وله: أنَّه تعذَّرَ الرَّدُّ بفعلِ مَضمونٍ منه في المَبيعِ، فأشبَهَ البيعَ والقتلَ، ولا مُعتبَرَ بكونِهِ مَقصوداً؛ ألا يرى أنَّ البيعَ ممَّا يُقصَدُ بالشِّراء، ثمَّ هو يمنَعُ الرُّجوعَ.

فإن أكَلَ بعضَ الطَّعامِ، ثمَّ عَلِمَ بالعيبِ، فكذا الجوابُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[1]؛ لأنَّ الطَّعامَ كشيءٍ واحدٍ، فصار كبيعِ البعضِ. وعندهما: أنَّه يرجعُ بِنُقصانِ العيبِ في الكلِّ، وعنهما: أنَّه يردُّ ما بقي؛ لأنَّه لا يَضرُّهُ التَّبعيضُ.

قال: (وَمَنِ اشتَرَى بَيْضاً أو بِطِّيخاً أو قِثَّاءً أو خِياراً أو جَوْزاً، فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فاسِداً، فإنْ لم يَنتفِعْ بِهِ رَجَعَ بالثَّمنِ كُلِّهِ)؛ لأنَّه ليس بمالٍ، فكان البيعُ باطلاً[2].

ولا يُعتَبَرُ في الجَوزِ صَلاحُ قِشْرِهِ[3] - على ما قيل[4] -؛ لأنَّ ماليَّتَهُ باعتبار اللُّبِّ.

(وإنْ كان يُنتفَعُ بِهِ مَعَ فَسادِهِ لَمْ يَرُدَّهُ)؛ لأنَّ الكسرَ عيبٌ حادثٌ، (و لكنَّه يَرجِعُ بِنُقصانِ العَيبِ) دفعاً لِلضَّرَرِ بِقَدرِ الإمكان.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[5]: يَردُّه؛ لأنَّ الكسرَ بتسليطه.

---

(١) يعني: لا يردُّ ما بقي، ولا يرجعُ بالنُّقصان فيما أكل.

(٢) هذا ما لم يكن عالماً بالعيب وقتَ الكسر، فإن كان عالماً بالعيب لا يردُّه.

(٣) بأن كان في موضع يَعُزُّ فيه الحطب، وهو مِمَّا يُشترى للوقود.

(٤) من أنَّه إذا كان كذلك يرجعُ بحصَّةِ اللُّبِّ، ويصحُّ العقدُ في قشره بحِصَّتِه من الثَّمن؛ لأنَّ العقد فيه صادف محلَّ.

(٥) قال النووي في الروضة (٣/ ١٤٤) الكتب العلمية: إذا اشترى ما مأكوله في جوفِهِ كالبطِّيخ والرُّمان والجَوزِ واللَّوز والفستق والبيض، فكَسَره ووجده فاسداً، ينظر:
- إن لم يكن لفاسدِهِ قيمةٌ كالبيضة المَذِرة التي لا تصلُحُ لشيء والبطِّيخةِ الشَّديدةِ التغير رجع المشتري بجيمع الثمن، نصَّ عليه.

ومَنْ باعَ عبداً، فباعَهُ المُشتري، ثمَّ رُدَّ عليه بِعَيبٍ، فإنْ قَبِلَ بِقَضاءِ القاضي بإقرارٍ أو بيِّنةٍ، أو بإباءِ يَمينٍ، لَهُ أن يَرُدَّهُ على بائعِهِ، ....

قلنا: التَّسليطُ على الكَسرِ في مِلْكِ المُشتري لا في مِلْكِه، فصار كما إذا كان ثوباً فقَطَعَه[1].

ولو وجَدَ البعضَ فاسداً - وهو قليلٌ - جازَ البيعُ استحساناً؛ لأنَّه لا يَخلُو عن قليلٍ فاسدٍ.

والقليلُ ما لا يَخلُو عنه الجَوزُ عادةً، كالواحدِ والاثنين في المائةِ، وإن كان الفاسدُ كثيراً لا يجوزُ ويرجعُ بكلِّ الثَّمنِ؛ لأنَّه جمَعَ بينَ المالِ وغيرِهِ، فصار كالجَمْع بين الحرِّ والعبدِ.

قال: (ومَنْ باعَ عبداً، فباعَهُ المُشتري، ثمَّ رُدَّ عليه بِعَيبٍ، فإنْ قَبِلَ بِقَضاءِ القاضي بإقرارٍ أو بيِّنةٍ، أو بإباءِ يَمينٍ، لَهُ[2] أن يَرُدَّهُ على بائعِهِ)؛ لأنَّه فُسِخ من الأصل، فَجُعِلَ البيعُ كأن لم يكن[3]، غايةُ الأمرِ أنَّه[4] أنكرَ قيامَ العيبِ، لكنَّه صار مُكذَّباً شرعاً بالقضاءِ.

= - وإن كان لفاسدِهِ قيمةٌ كالرانج وبيضِ النَّعام والبِّطيخ إذا وجدَهُ حامضاً أو مدوِّدَ بعضِ الأطراف، فللكسر حالتان:

إحداهما: أن لا يُوقَف على ذلك الفسادِ إلَّا بمثله، ففيه قولان، أظهَرُهما عند الأكثرين: له ردُّهُ قهراً كالمُصرَّاة. والثاني: لا، كما لو قطع الثَّوب.

الحال الثاني: أن يُمكِن الوقوف على ذلك الفساد بأقلَّ من ذلك الكسر، فلا ردَّ على المذهب كسائر العيوب. اهـ.

وانظر الشرح الكبير للماوردي (٨/ ٣٦٠) وما بعدها، دار الفكر.

(١) المشتري، ثمَّ اطَّلع على عيبٍ فإنَّه لا يردُّه مع أنَّه سلَّطَه على قطعِهِ بالبيع.

(٢) أي: للمشتري الأول.

(٣) أي: فجُعل البيع الثاني كالمعدوم، والبيعُ الأولُ قائمٌ، فللمشتري الأوَّل الخصومةُ والرَّدُّ بالعيب.

(٤) أي: المشتري الأوَّل.

وإنْ قَبِلَ بِغَيرِ قَضاءِ القاضي، ليس له أنْ يَرُدَّهُ. وفي الجامع الصَّغير: وإنْ رُدَّ عليه بإقرارِهِ بِغَيرِ قَضاءٍ بِعَيبٍ لا يَحْدُثُ مِثلُهُ، لم يَكُنْ له أنْ يُخاصِمَ الذي باعَهُ. ......

ومعنى «القضاء بالإقرار» أنَّه أنكَرَ الإقرارَ فأُثبِتَ بالبيِّنةِ[١]. وهذا بخلافِ الوكيلِ بالبيع إذا رُدَّ عليه بعيبٍ بالبيِّنةِ، حيث يكونُ ردّاً على المُوكِّل؛ لأنَّ البيعَ هناك واحدٌ، والموجودُ هاهنا بيعان، فَيُفسَخُ الثَّاني والأوَّلُ لا يَنفسِخُ.

(وإنْ قَبِلَ بِغَيرِ قَضاءِ القاضي[٢]، ليس له أنْ يَرُدَّهُ)؛ لأنَّه[٣] بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، وإن كان فسخاً في حقِّهما، والأوَّل ثالثُهما.

(وفي الجامع الصَّغير: وإنْ رُدَّ عليه[٤] بإقرارِهِ بِغَيرِ قَضاءٍ بِعَيبٍ لا يَحْدُثُ مِثلُهُ[٥]، لم يَكُنْ له أنْ يُخاصِمَ الذي باعَهَ)، وبهذا يتبيَّنُ أنَّ الجوابَ فيما يَحدُثُ مِثلُه وفيما لا يحدُثُ سواءٌ[٦].

وفي بعض روايات البيوع: إنْ كان فيما لا يَحدُثُ مِثلُهُ، يرجعُ بالنُّقصانِ[٧] للتَّيقُّن بقيامِ العيبِ عند البائعِ الأوَّلِ.

---

(١) أي: المشتري الأول أنكَرَ إقرارَهُ بوجود العيب للمشتري الثاني، فأقام المشتري الثَّاني البيِّنَةَ على أنَّ المشتري الأوَّل أقرَّ بوجود العيب.
وإنَّما احتاج المصنِّف إلى هذا التأويل؛ لأنَّه إذا لم ينكر المشتري الثاني إقراره بوجود العيب، لا يحتاج إلى القضاء، بل يردُّ عليه المبيعُ بالعيب، وحينئذٍ ليس له أن يردَّه على البائع الأول؛ لأنَّه إقالة.

(٢) أي: بالتَّراضي.

(٣) أي: ردُّ المبيع بالتَّراضي.

(٤) على المشتري الأول.

(٥) كالأصبع الزَّائدة، أو الناقصة.

(٦) أي: إنَّما قيَّد بقوله: «لا يَحْدُثُ مِثلُهُ» لِيُعلَم أنَّه كذلك فيما يَحدُثُ مِثلُه بطريق أولى؛ لأنَّه لمَّا لم يتمكَّن من الرَّدِّ فيما لا يَحدُثُ مِثلُهُ كالأصبع الزَّائدِة والنَّاقصة، فامتناعُهُ فيما يَحدُثُ مِثلُه كالمَرَض والسُّعال والقُروحِ مع احتمالِ أنَّه حَدَثَ عندَ المشتري الثاني، أولى.

(٧) يعني: على البائع الأوَّل إذا ردَّه بالتَّراضي.

ومَنِ اشترى عبداً فَقَبَضَهُ، فادَّعَى عَيباً، لَمْ يُجبَرْ على دَفْعِ الثَّمنِ حتَّى يَحلِفَ البائعُ، أو يُقيمَ المُشتري بيِّنَةً، فإنْ قال المشتري: «شُهودِي بالشَّام» استُحلِفَ البائعُ ودَفَعَ الثَّمَنَ. ....

قال: (ومَنِ اشترى عبداً فَقَبَضَهُ، فادَّعَى عَيباً، لَمْ يُجبَرْ على دَفْعِ الثَّمنِ حتَّى يَحلِفَ البائعُ، أو يُقيمَ المُشتري بيِّنَةً[1])؛ لأنَّه[2] أنكَرَ وُجوبَ دَفعِ الثَّمنِ، حيثُ أنكَرَ تَعيُّنَ حقِّهِ بدعوى العيب[3]، ودفعُ الثَّمنِ أوَّلاً لِيَتعيَّن حقُّه[4] بإزاءِ تَعيُّنِ المَبيعِ. ولأنَّه[5] لو قَضَى بالدَّفعِ فلعلَّه يظهرُ العيبُ، فينتقِضُ القضاءُ، فلا يقضي به صوناً لقضائه.

(فإنْ قال المشتري: «شُهودِي بالشَّام» استُحلِفَ البائعُ ودَفَعَ الثَّمَنَ)، يعني: إذا حَلَفَ، ولا يُنتَظَرُ حُضورُ الشُّهودِ؛ لأنَّ في الانتظارِ ضرراً بالبائع، وليس في الدَّفعِ كثيرُ ضَرَرٍ به؛ لأنَّه على حجَّتِهِ[6]، أمَّا إذا نَكَل أُلزِمَ العيبَ؛ لأنه حُجَّة فيه.

---

(١) أي: يقيمُ بيِّنةً على البائع أنَّ العيبَ كان عنده، ومقتضى هذا التَّركيب أنَّه إذا أقامَ هذه البيِّنَةَ يُجبَرُ على دَفعِ الثَّمن، وهو فاسدٌ. فقدَّرَ ظهيرُ الدِّين للثَّاني خبراً، هكذا: أو يُقيمَ البيِّنَةَ على البائعِ أنَّ العيبَ كان عنده، فَيستَمِرُّ عدمُ الجبر انتهى.

ولا بدَّ من تقديرٍ آخر مع «يحلف»؛ لأنَّ معناه: يُطلَب منه الحَلِف، وليس يَلزَمُ من طَلَبِ الحَلِف منه الجبرُ على دَفعِ الثَّمن، بل إذا حَلَف، وهو غيرُ لازم؛ لِجَوازِ أن يَنكِل فيستمرَّ عدَمُ الجبر. فتح.

(٢) أي: المشتري.

(٣) وإنكارُ تعيُّنِ الحقِّ إنكارٌ لِعلَّةِ وُجوبِ دَفعِ الثَّمن، لأنَّ وُجوبَ دَفعِ الثَّمنِ أوَّلاً ليس إلا لِتَعيُّنِ حقِّ البائع بإزاءِ تَعيُّنِ المَبيع، فحيث أنكر المشتري تعيُّنَ حقِّه في المَبيعِ، لأنَّ حقَّه في السَّليم، فقد أنكر عِلَّةَ وُجوبِ دَفعِ الثَّمن أوَّلاً.

(٤) أي: البائع.

(٥) دليل آخر، أي: لأنَّ القاضي لو قضى...

(٦) يعني: هو بسبيلٍ من إقامةِ البيِّنةِ عند حُضور شهوده.

وَمَنِ اشتَرَى عبداً، فادَّعَى إباقاً، لم يُحَلَّفِ البائعُ حتَّى يُقيمَ المُشتري البَيِّنَةَ أَنَّه أَبَقَ عندَهُ، فإذا أقامَها حَلَفَ بالله «لقد باعَهَ وسَلَّمَهُ إليه وما أَبَقَ عِندَهُ قَطُّ». ....

قال: (وَمَنِ اشتَرَى عبداً، فادَّعَى إباقاً[1]، لم يُحَلَّفِ البائعُ حتَّى يُقيمَ المُشتري البَيِّنَةَ أَنَّه أَبَقَ عندَهُ[2])، والمرادُ التَّحليفُ على أَنَّه لم يأبقْ عندَهُ؛ لأَنَّ القولَ وإن كان قولَهُ، ولكن إنكارُهُ إنَّما يُعتَبَرُ بعد قيامِ العيبِ به في يدِ المشتري، ومعرفتُهُ بالحُجَّة.

(فإذا أقامَها حَلَفَ بالله «لقد باعَهَ وسَلَّمَهُ إليه وما أبَقَ عِندَهُ قَطُّ»)، كذا قال في الكتاب، وإن شاء حَلَّفَه «بالله ما لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عليكَ من الوجهِ الذي يدَّعي»، أو «بالله ما أبَقَ عندَكَ[3] قَطُّ».

أما لا يُحلِّفُه «بالله لقد باعَهُ وما بهِ هذا العيبُ»، ولا «بالله لقد باعَهُ وسلَّمه وما به هذا العيبُ»؛ لأنَّ فيه تَرْكَ النَّظرِ للمشتري؛ لأنَّ العيبَ قد يَحدُثُ بعدَ البيعِ قبلَ التَّسليمِ، وهو مُوجِبٌ لِلرَّدِّ، والأوَّلُ ذُهولٌ عنه[4]، والثَّاني يُوهِمُ تَعلُّقَه بالشَّرطين[5]، فيتأوَّلُه في اليمين عند قيامِهِ وقتَ التَّسليمِ دونَ البيعِ.

ولو لم يَجِدِ المشتري بيِّنةً على قيامِ العَيبِ عندَهُ، وأرادَ تحليفَ البائعِ «ما يَعلَمُ أنَّه أبَقَ عندَهُ» يُحَلَّفُ على قولهما.

---

(١) عندَهُ وعندَ البائع.

(٢) أي: عند المشتري؛ لأنَّه حينئذ يَثبُتُ العيبُ، فتصحُّ الخصومةُ فيه.

(٣) وإنَّما قال: «عليك» و«عندك»؛ لأنَّ القاضي يخاطب البائع.

(٤) أي: التَّحليفُ بقوله: «بالله لقد باعه وما به هذا العيبُ»، فيه غفلةٌ عن حدوث هذا العيب بعدَ البيع وقبل التَّسليم، فلو حَلَفَ لقد «بعتُهُ وما به هذا العيبُ» كان بارّاً في يمينه.

(٥) أي: التَّحليف «بالله لقد باعَهُ وسلَّمه وما به هذا العيبُ» يوهم تعلُّقَ العيبِ بالشَّرطين، يعني: البيع والتَّسليم، فيتأوَّلُ البائعُ اليمينَ بأنَّ العيب لم يكن عند الحالتين، بل عند التَّسليمِ فحَسْب، فإذا حلف على هذا الوجهِ يكون صادقاً ولا يحنث. بناية.

وَمَنِ اشتَرَى جارِيةً وتَقابَضا، فَوَجَدَ بها عَيباً، فقال البائع: «بِعتُكَ هذه وأُخرَى معها»، وقال المشتري: «بِعْتَنِيها وَحْدَها» فالقَولُ قَولُ المُشتري، ....

واختَلَفَ المشايخُ على قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[1].

لهما: أنَّ الدَّعوى مُعتَبَرةٌ، حتَّى يترتَّبُ عليها البيِّنةُ، فكذا يترتَّبُ التَّحليفُ.

وله - على ما قاله البعض -: أنَّ الحَلِفَ يترتَّبُ على دعوى صحيحةٍ، وليست تَصِحُّ إلَّا مِنْ خَصمٍ، ولا يَصيرُ خَصماً فيه إلَّا بعد قيامِ العيبِ.

وإذا نَكَل عن اليمينِ عندهما[2]، يُحلَّف ثانياً[3] لِلرَّدِّ على الوجهِ الذي قدَّمناه.

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إذا كانتِ الدَّعوى في إباقِ الكَبيرِ، يُحلَّفُ «ما أبَقَ منذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجال»؛ لأنَّ الإباقَ في الصِّغَر لا يُوجِبُ رَدَّه بعد البلوغ.

قال: (ومَنِ اشتَرَى جارِيةً[4] وتَقابَضا، فَوَجَدَ بها عَيباً، فقال البائع: «بِعتُكَ هذه وأُخرَى معها»، وقال المشتري: «بِعْتَنِيها وَحْدَها»[5] فالقَولُ قَولُ المُشتري)؛ لأنَّ الاختلافَ في مِقدارِ المَقبوضِ، فيكونُ القَولُ لِلقابِضِ كما في الغصب[6].

---

(١) هل يُحلَّف، أو يَتحقَّقُ العجزُ عن الخُصومة؟ فعن القاضي أبي الهيثم: أنَّ الخلافَ مذكورٌ في النَّوادر، عندَهُ لا يُحلَّف، وعندهما نعم. وفي شرح الجامع الكبير للشَّيخ أبي المُعين النَّسفي: قال بعضُ مشايخنا، منهم الشَّيخُ الإمامُ أبو بكر محمَّد بن حُامد: لا خِلافَ في هذه المسألة. وتمامه في الفتح.

(٢) أي: إذا نَكَل البائعُ عن اليمينِ على وُجودِ العيبِ عند المشتري.

(٣) لأنَّه بِنُكولِهِ أُنزِلَ مُقِرّاً بِوُجودِ العيبِ عند المشتري، فتوجَّهتِ الخُصومةُ فيه، فَيَحلِفُ على أنَّه ما وُجِد عنده. وهذه اليمين تسمَّى يمين الرَّدّ، فإن حلف برئ، وإن نكَلَ يثبت العيب عند البائع، فيردُّ عليه.

(٤) أو اشترى غيرَها من الأعيان.

(٥) والفرق بين قوله: «بِعتُكَ هذه وأُخرَى معها»، وبين قولِ المشتري: «بِعْتَنِيها وَحْدَها»، أنَّه على الأوَّل يستحقُّ المشتري ردَّ حصَّةِ المعيبِ فقط، لا كل الثَّمن، وعلى الثَّاني يستحقُّ ردَّ جميع الثَّمن.

تنبيه: هذه المسألة مبنيَّةٌ على عدمِ وجودِ البيِّنةِ عند الطَّرفين.

(٦) فإنَّه إذا اختَلَف الغاصِبُ والمَغصوبُ منه، فقال المغصوب منه: «غَصبتَ منِّي غُلامين»، وقال الغاصِبُ: «غلاماً واحداً»، فالقولُ قولُ الغاصِبُ؛ لأنَّه القابض.

وكذا إذا اتَّفَقا على مِقدارِ المَبيعِ واختَلَفا في المَقبُوضِ. ومَنِ اشتَرَى عَبدَينِ صَفْقَةً واحدةً، فقَبَضَ أحَدَهما ووَجَدَ بالآخَرِ عَيباً، فإنَّه يأخُذُهما أو يَدَعُهما، ولو قَبَضَهُما ثمَّ وَجَدَ بأحَدِهما عيباً، يَردُّه خاصَّةً. ....

(وكذا إذا اتَّفَقا على مِقدارِ المَبيعِ واختَلَفا في المَقبُوضِ[١])؛ لِما بيَّنَّا.

قال: (ومَنِ اشتَرَى عَبدَينِ[٢] صَفْقَةً واحدةً، فقَبَضَ أحَدَهما ووَجَدَ بالآخَرِ عَيباً، فإنَّه يأخُذُهما أو يَدَعُهما[٣])؛ لأنَّ الصَّفقةَ تتمُّ بِقَبضِهِما، فيكون تَفريقَها[٤] قبلَ التَّمامِ، وقد ذكرناه، وهذا؛ لأنَّ القبضَ له شَبَهٌ بالعقدِ[٥]، فالتَّفريقُ فيه كالتَّفريق في العقدِ.

ولو وَجَدَ بالمَقبوضِ عيباً، اختلفوا فيه. يُروى عن أبي يوسف رحمه الله: أنَّه يردُّه خاصَّةً، والأصحُّ أنَّه يأخُذُهما أو يردُّهُما؛ لأنَّ تمامَ الصَّفقةِ تَعلَّقَ بِقبضِ المَبيعِ، وهو اسمٌ للكلِّ، فصار[٦] كحَبْسِ المَبيعِ لمَّا تعلَّقَ زوالُهُ باستيفاءِ الثَّمنِ، لا يزولُ دونَ قَبضِ جَميعِهِ.

(ولو قَبَضَهُما ثمَّ وَجَدَ بأحَدِهما عيباً، يَردُّه خاصَّةً) خلافاً لزفر. هو يقول: فيه

---

(١) بأن كان المَبيعُ جاريتين، ثمَّ اختلفا، فقال البائع: «قبضتَّهُما»، وقال المشتري: «ما قبضتُ إلَّا إحداهما»، فالقولُ قولُ المشتري؛ لِما بيَّنَّا أنَّ في الاختلافِ في مقدارِ المَقبوضِ القَولَ قولُ القابض، بل هاهنا أولى؛ لأنَّ كونَ المَبيعِ شيئين أمارةٌ ظاهرةٌ على أنَّ المقبوضَ كذلك؛ لأنَّ العقدَ عليهما سببٌ مطلَقاً لِقَبضِهِما، ومع ذلك كان القولُ قولَ القابِضِ، فهاهنا أولى.

(٢) أو شيئين يمكنُ الانتفاعُ بأحدهما دونَ الآخر، كالثَّوبين، أمَّا إذا كان المُشترَى شيئين لا يُمكن الانتفاع بأحدهما مُنفرِداً، كخُفَّين، فقبضهما ثمَّ وجَدَ في أحدهما عيباً، ردَّهما إن شاء أو أخذهما، وليس له أن يردَّ أحدهما دون صاحبه.

(٣) أي: إن شاء أخَذَهما بجميع الثَّمن، وإن شاء ردَّهما، وليس له أن يأخذَ السَّليمَ ويَردَّ المَعيبَ بحصَّتِهِ من الثَّمن في هذه الصُّورة؛ لأنَّ الصَّفقة إنَّما تتمُّ بِقَبضِهما ... إلخ.

(٤) أي: فيكون قبضُ أحدِهما وردُّ الآخرِ تفريقاً للصَّفقة.

(٥) لأنَّه يُثبِتُ مِلكَ التَّصرُّفِ كما يُثبِتُ العقدُ مِلكَ الرَّقبةِ. فتح.

(٦) أي: تمامُ الصَّفقة.

وَمَنِ اشترى شيئاً مِمَّا يُكالُ أو يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعضِهِ عَيباً رَدَّهُ كُلَّهُ أو أَخَذَهُ كُلَّه، وَلَوِ استُحِقَّ بَعضُهُ فلا خِيارَ له في رَدِّ ما بَقي، ....

تفريقُ الصَّفقةِ ولا يَعْرَى عن ضَررٍ؛ لأنَّ العادةَ جَرَتْ بضمِّ الجَيِّدِ إلى الرَّديء، فأشبَهَ ما قبلَ القبضِ وخيارَ الرُّؤيةِ والشَّرطِ.

ولنا: أنَّه تفريقُ الصَّفقة بعد التَّمام؛ لأنَّ بالقبضِ تتمُّ الصَّفقةُ في خيار العيبِ، وفي خيارِ الرُّؤيةِ والشَّرطِ لا تتمُّ به على ما مرَّ، ولهذا لو استُحِقَّ أحدُهُما ليس له أن يَرُدَّ الآخَرَ[1].

قال: (وَمَنِ اشترى شيئاً مِمَّا يُكالُ أو يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعضِهِ عَيباً رَدَّهُ كُلَّهُ أو أَخَذَهُ كُلَّه)، ومُرادُهُ بعدَ القَبضِ[2]؛ لأنَّ المكيلَ إذا كان مِن جنسٍ واحدٍ فهو كشيءٍ واحدٍ[3]؛ ألا يُرَى أنَّه يُسمَّى باسمٍ واحدٍ، وهو الكُرُّ ونحوه.

وقيل: هذا إذا كان في وعاءٍ واحدٍ، فإذا كان في وِعاءَينِ فهو بمنزلةِ عبدينِ، حتَّى يَردُّ الوِعاءَ الذي وَجَدَ فيه العيبَ دونَ الآخرِ.

(وَلَوِ استُحِقَّ بَعضُهُ فلا خِيارَ له في رَدِّ ما بَقي)؛ لأنَّه لا يضرُّهُ التَّبعيضُ، والاستحقاقُ لا يمنعُ تمامَ الصَّفقةِ؛ لأنَّ تمامَها برضا العاقِدِ لا برضا المالكِ[4]، وهذا إذا كان بعدَ القبضِ، أمَّا لو كان قبلَ القبضِ فله أن يَرُدَّ ما بقي لِتفرُّقِ الصَّفقةِ قبلَ التَّمام.

---

(١) بل يرجعُ بحصَّةِ المُستَحَقِّ على البائع، لأنَّ تفريقَ الصَّفقة بعد تمامها، وهو جائز.

(٢) أي: ومُرادُهُ إذا كان الاطِّلاعُ على العَيبِ بعدَ القَبضِ، أمَّا لو كان قبلَهُ فلا فرقَ بينَ المَكيلِ والمَوزُونِ وغيرِهما، كالثِّياب والعَبيدِ من أنَّهُ يَردُّ الكُلَّ أو يَحبِسُ الكُلَّ، بخلاف ما بعدَ القَبضِ، فإنَّه يجوزُ ردُّ المَعيبِ خاصَّةً في غير المَكيلِ والمَوزون. فتح.

(٣) لأنَّ الانتفاعَ والتقوُّمَ لا يتحقَّقُ بآحاد المكيل، فالحنطة مثلاً لا يتحقَّقُ فيها ذلك إلا مجتمعةً، فكانت الآحادُ المتعدِّدةُ منها كالشَّيء الواحدِ، كالثَّوب مثلاً، لا يمكنُ ردُّ بعضِهِ، وكذا هنا، والله أعلم.

(٤) أي: المُستحِق.

وإنْ كان ثوباً فَلَهُ الخيارُ. ومَنِ اشترى جاريةً فَوَجَدَ بها قرحاً فَدَاواهُ، أو كانت دابَّةً فَرَكِبَها في حاجَتِهِ فهو رِضاً، وإنْ رَكِبَها لِيَرُدَّها على بائِعِها، أو لِيَسقِيَها، أو لِيَشترِيَ لها عَلَفاً، فليسَ بِرِضاً. ومَنِ اشتَرَى عبداً قد سَرَقَ ولم يَعلَمْ بِهِ، فَقُطِعَ عندَ المُشتري، له أنْ يَرُدَّهُ ويأخُذَ الثَّمنَ عند أبي حنيفة، وقالا: يَرجِعُ بما بينَ قِيمَتِهِ سارِقاً إلى غَيرِ سارِقٍ.

قال: (وإنْ كان ثوباً فَلَهُ الخيارُ)؛ لأنَّ التَّشقيصَ فيه عيبٌ، وقد كان وقتَ البيعِ حيث ظَهَرَ الاستحقاقُ، بخلافِ المَكيلِ والموزونِ[1].

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً فَوَجَدَ بها قرحاً[2] فَدَاواهُ، أو كانت دابَّةً فَرَكِبَها في حاجَتِهِ فهو رِضاً)؛ لأنَّ ذلك دليلُ قَصدِهِ الاستبقاءَ، بخلافِ خيارِ الشَّرطِ؛ لأنَّ الخيارَ هناك للاختبارِ، وأنَّه بالاستعمال فلا يكونُ[3] الرُّكوبُ مُسقِطاً.

(وإنْ رَكِبَها لِيَرُدَّها على بائِعِها، أو لِيَسقِيَها، أو لِيَشترِيَ لها عَلَفاً، فليسَ بِرِضاً)، أمَّا الرُّكوبُ لِلرَّدِّ؛ فلأنَّه سببُ الرَّدِّ.

والجوابُ في السَّقي واشتراءِ العَلَفِ مَحمولٌ على ما إذا كان لا يَجِدُ بُدّاً منه، إمَّا لِصُعوبتها[4]، أو لِعَجزِهِ، أو لِكَونِ العَلَفِ في عِدْلٍ واحدٍ[5]، وأمَّا إذا كان يجدُ بُدّاً منه لانعدامِ ما ذكرناه يكون رِضاً.

قال: (ومَنِ اشتَرَى عبداً قد سَرَقَ ولم يَعلَمْ بِهِ، فَقُطِعَ عندَ المُشتري، له أنْ يَرُدَّهُ ويأخُذَ الثَّمنَ عند أبي حنيفة. وقالا: يَرجِعُ بما بينَ قِيمَتِهِ سارِقاً إلى غَيرِ سارِقٍ)،

---

(١) فإنَّ التَّشقيصَ ليس بعيب فيهما، حيث لا يضرُّ.

(٢) ونحوه من مرض.

(٣) الرُّكوبُ مرَّةً، أو الاستخدامُ مرَّةً.

(٤) أي: لصعوبة الدَّابَّة، بأن كانت لا تنقاد معه، أو هو عاجزٌ عن المشي، فركبها لأجل سقيها أو شراءِ علَفٍ لها.

(٥) فلا يتمكَّن من حَملِه عليها إلَّا إذا كان راكباً. وتقييدُهُ بعِدْلٍ واحدٍ؛ لأنَّه لو كان في عِدْلين فَركِبَها يكون الرُّكوبُ رضاً، ذكرَهُ قاضي خان وغيره.

وعلى هذا الخلاف إذا قُتِلَ بسببٍ وُجِدَ في يدِ البائعِ. والحاصلُ أنَّه[١] بمنزلةِ الاستحقاقِ عندَهُ، وبمنزلة العَيبِ عندهما.

لهما: أنَّ الموجودَ في يدِ البائعِ سببُ القَطعِ والقَتلِ، وأنَّه لا يُنافي الماليَّةَ، فنَفَذَ العقدُ فيه، لكنَّه مُتعيِّبٌ فَيَرجِعُ بِنُقصانِهِ عند تَعذُّرِ ردِّه، وصارَ كما إذا اشترى جاريةً حامِلاً، فماتَتْ في يدِهِ بالولادة، فإنَّه يرجعُ بفَضلِ ما بينَ قِيمَتِها حامِلاً إلى غيرِ حاملٍ.

وله: أنَّ سببَ الوُجوبِ في يدِ البائعِ، والوجوبُ يُفضي إلى الوجودِ، فيكونُ الوجودُ مضافاً إلى السَّببِ السَّابق، وصار كما إذا قتَلَ المغصوبُ أو قُطِع بعدَ الرَّدِّ بجنايةٍ وُجِدَت في يد الغاصب[٢]، وما ذُكِر من المسألة ممنوعٌ[٣].

ولو سَرَقَ في يدِ البائعِ، ثمَّ في يدِ المشتري، فَقُطِع بهما، عندهما: يَرجِعُ بالنُّقصانِ كما ذكرنا[٤]، وعنده: لا يَردُّهُ بِدُونِ رِضا البائع؛ لِلعَيبِ الحادِثِ، ويَرجِعُ بِرُبعِ الثَّمنِ[٥]، وإنْ قَبِلَه البائعُ فَبِثلاثةِ الأرباعِ؛ لأنَّ اليدَ من الآدميِّ نِصفُهُ، وقد تَلِفَت بالجنايتينِ، وفي إحداهما رجوعٌ فيَتَنَصَّفُ.

ولو تَداوَلَتْه الأيدي ثمَّ قُطِع في يدِ الأخيرِ، رَجَعَ الباعَةُ بعضُهُم على بعضٍ عندَهُ كما في الاستحقاق، وعندهما: يَرجِعُ الأخيرُ على بائعِهِ، ولا يَرجِعُ بائعُهُ على بائعِهِ؛ لأنَّه بِمَنزلةِ العَيبِ.

---

(١) أي: القطعُ والقتلُ، أي: ثبوتُهُ في العبد.

(٢) صورته: غصب رجلٌ عبداً، فقتل العبدُ عنده رجلاً عمداً، فردَّه على المولى، فاقتُصَّ منه في يدِهِ، فإنَّ الغاصبَ يضمنُ قيمتَهُ، كما لو قتل في يد الغاصب.

(٣) أي: وما ذكر من مسألة الحملِ ممنوعةٌ على قول أبي حنيفة، لأنَّها على قول أبي حنيفة يرجع المشتري على البائع بكلِّ الثَّمن إذا ماتت من الولادة.

(٤) يعني: عند قوله: «وإن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به ...» إلخ.

(٥) لأنَّ اليد قُطعت بالسَّببين، فيرجع بما يقابل نصف اليد. هذا إن لم يَقبَلِ البائعُ المبيعَ مَعيباً.

وَمَنْ باعَ عبداً وشَرَطَ البَراءَةَ مِنْ كلِّ عَيبٍ، فليس له أن يَردَّهُ بِعَيبٍ، وإنْ لم يُسَمِّ العُيوبَ بِعَدَدِها.

وقوله في الكتاب: «ولم يَعْلَمِ المُشتري» يُفيدُ على مَذهَبِهما؛ لأنَّ العلمَ بالعيبِ رِضاً به، ولا يُفيدُ على قولِهِ في الصَّحيحِ؛ لأنَّ العلمَ بالاستحقاقِ لا يَمنَعُ الرُّجوع.

مطلب البيع بشرط البراءة من كل عيب

قال: (ومَنْ باعَ عبداً وشَرَطَ البَراءَةَ مِنْ كلِّ عَيبٍ[١]، فليس له أن يَردَّهُ بِعَيبٍ، وإنْ لم يُسَمِّ العُيوبَ بِعَدَدِها).

وقال الشَّافعيُّ[٢]: لا تَصحُّ البراءةُ بناءً على مَذهبِهِ أنَّ الإبراءَ عن الحُقوقِ المَجهولةِ لا يصحُّ.

هو يقولُ: إنَّ في الإبراءِ معنى التَّمليكِ، حتَّى يَرتدُّ بالرَّدِّ[٣]، وتمليكُ المَجهولِ لا يصحُّ.

ولنا: أنَّ الجهالةَ في الإسقاطِ لا تُفضِي إلى المُنازعةِ، وإن كان في ضِمْنِهِ التَّمليكُ؛ لِعَدَمِ الحاجةِ إلى التَّسليم، فلا تكونُ مُفسِدَةً.

---

(١) ليس العبدُ بقيدٍ، فإنَّ البيعَ بِشَرطِ البراءةِ من كلِّ عيبٍ، صحيحٌ في الحيوانِ وغيرِهِ، ويبرأ البائعُ به من كلِّ عيبٍ قائمٍ وقتَ البيعِ، مَعلومٍ له أو غيرِ معلوم.

(٢) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (١/ ٢٩٤) الكتب العلمية: (ولو باع حيواناً) أو غيره (بِشَرطِ براءتِهِ من العيوب) في المبيع، (بَرِئَ عن عيبٍ باطنٍ بحيوانٍ موجودٍ) فيه (حالَ العقدِ، جَهِلَه) بخلافِ غيرِ العيبِ المذكورِ، فلا يَبرأ عن عيبٍ في غيرِ الحيوانِ، ولا فيه لكن حدَثَ بعدَ البيع وقبلَ القبضِ مطلَقاً؛ لانصراف الشَّرطِ إلى ما كان موجوداً عند العقد، ولا عن عيبٍ ظاهرٍ في الحيوانِ، علِمَه البائعُ أو لا، ولا عن عيبٍ باطنٍ في الحيوان علِمَه. اهـ.

(٣) فلو أبرأ مَن له الدَّينُ مَديونَهُ، فرَدَّهُ المديونُ، لم يبرأ.

ويدخلُ في هذه البراءةِ العيبُ الموجودُ والحادثُ قبلَ القَبضِ في قول أبي يوسف. وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَدخُلُ فيه الحادثُ، وهو قولُ زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ البراءةَ تتناولُ الثَّابتَ[1].

ولأبي يوسف: أنَّ الغرضَ إلزامُ العَقدِ بإسقاطِ حقِّهِ عن صِفَةِ السَّلامة[2]، وذلك بالبراءةِ عن الموجودِ والحادثِ.

(١) فتنصرِفُ إلى الموجودِ عندَ العقدِ فقط. فتح.

(٢) لِيَلزَمَ على كلِّ حالٍ، ولا يُطالِبَ البائعَ بحالٍ.

باب البيع الفاسد

وإذا كانَ أحَدُ العِوَضَينِ أو كِلاهُما مُحَرَّماً، فالبَيْعُ فاسِدٌ، كالبيعِ بالمَيتَةِ والدَّمِ والخِنْزِيرِ والخَمرِ، وكذا إذا كان غيرَ مَمْلُوكٍ كالحُرِّ. ....

(باب البيع الفاسد[١])

(وإذا كانَ أحَدُ العِوَضَينِ أو كِلاهُما مُحَرَّماً، فالبَيْعُ فاسِدٌ، كالبيعِ بالمَيتَةِ والدَّمِ والخِنْزِيرِ والخَمرِ، وكذا إذا كان غيرَ مَمْلُوكٍ كالحُرِّ)، قال رضي الله عنه: هذه فُصُولٌ جَمَعَها، وفيها تفصيلٌ نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى فنقول:

البيعُ بالمَيتةِ والدَّمِ باطلٌ، وكذا بالحُرِّ[٢]، لانعدامِ رُكنِ البيعِ، وهو مبادلةُ المالِ بالمال، فإنَّ هذه الأشياءَ لا تُعَدُّ مالاً عندَ أحدٍ[٣].

والبيعُ بالخمرِ والخنزيرِ فاسدٌ لِوُجودِ حقيقةِ البيعِ، وهو مبادلةُ المالِ بالمالِ، فإنَّهُ مالٌ عند البعضِ.

مطلب الفرق بين البيع الباطل والفاسد

والباطلُ لا يُفيدُ مِلكَ التَّصرُّفِ. ولو هَلَكَ المَبيعُ في يدِ المشتري فيه[٤]:

- يكون أمانةً عند بعضِ المشايخ[٥]؛ ....

---

(١) لقَّبَ البابَ بالفاسد، وإن كان مُشتمِلاً عليه وعلى الباطل؛ لِكَثرةِ وُقُوعِهِ بِتَعدُّدِ أسبابه. عناية.
ثمَّ الضَّابطُ في تمييز الفاسدِ من الباطل، هو: أنَّ ما أورثَ خَللاً في ركن المَبيعِ، وهو الإيجابُ والقبول، أو في محَلِّه وهو المبيعُ، فهو مبطِلٌ، بأن كان أحدُ العاقدين مجنوناً أو صبيّاً لا يعقل، أو كان المبيع ميتةً أو حرّاً.
انظر تمامه في رد المحتار (٧/ ٢٣٤) ط عالم الكتب.

(٢) بأن يَجعَلَ الميتةَ أو الحُرَّ ثَمَناً لِثَوبٍ مثلاً.

(٣) يعني: ممَّن له دِينٌ سماويٌّ، فلذا كان البيعُ بالحُرِّ باطلاً، وإن كان مالاً عند بعضِ النَّاس.

(٤) أي: في البيع الباطل.

(٥) هو أبو نصر بنُ أحمد الطَّواويسي، وهو روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة. فتح.

لأنَّ العقدَ غيرُ مُعتبَرٍ، فَبقيَ القبضُ بإذنِ المالِكِ[١].

- وعند البعض[٢]: يكونُ مضموناً؛ لأنَّه لا يكون أدنى حالاً من المقبوضِ على سَومِ الشِّراء[٣].

وقيل: الأوَّلُ قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، والثَّاني قولُهما، كما في بَيعِ أمِّ الولدِ والمُدبَّرِ[٤]، على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

والفاسدُ يُفيدُ المِلكَ عندَ اتِّصالِ القَبضِ به، ويكونُ المبيعُ مَضمُوناً في يدِ المشتري فيه.

وفيه[٥] خلافُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ وسنبيِّنُه بعد هذا[٦].

وكذا بيعُ الميتةِ والدَّمِ والحرِّ باطلٌ؛ لأنَّها ليست أموالاً، فلا تكون محلاً للبيع.

وأمَّا بيعُ الخمرِ والخنزيرِ: إنْ كان قُوبِلَ بالدَّينِ[٧] كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، فالبيعُ

---

(١) وذلك لا يوجب الضَّمانَ.

(٢) كشَمسِ الأئمَّةِ السَّرخسِيِّ، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وغيره. عناية.

(٣) المَقبوضُ على سَوم الشِّراء، هو المأخوذُ لِيُشتَرى مع تَسميةِ الثَّمنِ بلا إبرامِ بَيعٍ، كأن يقول: أذهَبُ بهذا، فإن رَضيتُهُ اشتريتُهُ بعشرة، فإذا هَلَكَ ضَمِن قيمتَهُ. فإذا ضَمِنَ هذا مع أنَّه لم يُوجَد فيه صورةُ العِلَّةِ، فَلأن يَضمَنَ فيما نحن فيه مع أنَّه وُجِد ذلك أولى. فتح.

(٤) أي: إذا بِيعا فماتا عند المشتري، لا يَضْمَنُهما عند أبي حنيفة، ويَضمَنُهُما عندهما.

(٥) أي: في ثبوت المِلْك بالقَبضِ في البيع الفاسد.

قال النووي في الروضة (٣/ ٧٦) الكتب العلمية: إذا اشترى شيئاً شراءً فاسداً، إمَّا لشرطٍ فاسدٍ، وإمَّا لسببٍ آخر، ثمَّ قبَضَه، لم يَملِكه بالقبض، ولا يَنفُذُ تصرفُه فيه، ويلزمُهُ ردُّه، وعليه مؤنةُ ردِّه كالمغصوب، ولا يجوزُ حبسُهُ لاسترداد الثَّمن، وتلزَمُه أجرةُ المثلِ للمُدَّةِ التي كان في يده، سواء استوفى المنفعةَ أم تلفت تحت يده، وإن تعيَّب في يده فعليه أرشُ النَّقص، وإن تَلِف فعليه قيمته أكثَرَ ما كانت من يوم القبض إلى يوم التَّلف كالمغصوب، وفي وجه: تعتبرُ قيمتُهُ يومَ التَّلف، وفي وجه: يومَ القبض، والمذهبُ اعتبارُ الأكثر. اهـ.

(٦) أي: في فصل أحكام البيع الفاسد.

(٧) أي: بما يصحُّ أن يثبت دَيناً في الذِّمَّة. قال ابن كمال: «بالدَّين» دون الثَّمن؛ لأنَّ الدَّينَ أعمُّ منه، والمعتبر المقابلة به دون الثَّمن. رد المحتار (٧/ ٢٤٢) ط عالم الكتب.

وبَيْعُ أمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّرِ والمُكاتَبِ فاسِدٌ. ....

باطلٌ، وإن كان قُوبِلَ بِعَينٍ فالبيعُ فاسدٌ، حتَّى يَملِكُ ما يُقابِلُهُ، وإنْ كان لا يَملِكُ عينَ الخمرِ والخنزيرِ.

ووجهُ الفَرقِ:

أنَّ الخمرَ مالٌ، وكذا الخنزيرُ مالٌ عند أهلِ الذِّمَّة، إلَّا أنَّه غيرُ مُتقوِّمٍ[١]، لِما أنَّ الشَّرعَ أمَرَ بإهانتِهِ وتَركِ إعزازِهِ، وفي تَملُّكِهِ بالعَقدِ مَقصوداً[٢] إعزازٌ له، وهذا لأنَّه متى اشتراهما بالدَّراهم، فالدَّراهمُ غيرُ مقصودةٍ؛ لِكَونها وسيلةً لِما أنَّها تَجِبُ في الذِّمَّةِ، وإنَّما المقصودُ الخمرُ، فسَقَطَ التَّقوُّمُ أصلاً.

بخلافِ ما إذا اشترى الثَّوبَ بالخَمرِ؛ لأنَّ المُشتري للثَّوبِ إنَّما يَقصِدُ تَملُّكَ الثَّوبِ بالخمر، وفيه إعزازٌ لِلثَّوب دونَ الخمرِ، فبقي ذِكرُ الخَمرِ مُعتَبَراً في تَملُّكِ الثَّوب، لا في حَقِّ نفسِ الخمرِ، حتَّى فسَدَتِ التَّسميةُ ووَجَبَتْ قيمةُ الثَّوبِ دونَ الخمرِ.

وكذا إذا باعَ الخمرَ بالثَّوبِ؛ لأنَّه لا يُعتَبَرُ شراءُ الثَّوبِ بالخمرِ؛ لِكَونِهِ مُقايَضَةً[٣].

قال: (وبَيْعُ أمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّرِ والمُكاتَبِ فاسِدٌ)، ومعناه باطلٌ؛ لأنَّ استحقاقَ العِتْقِ قد ثبَتَ لأمِّ الولدِ؛ لقوله ﷺ: «أعتَقَها وَلَدُها[٤]». وسببُ الحرِّيَّةِ انعقدَ

---

(١) التَّقوُّم - على ما ذكر في التَّلويح - ضربان: عُرفيٌّ، وهو بالإحراز، فغَيرُ المُحرَزِ كالصَّيدِ والحشيش ليس بِمُتقوِّم. وشرعيٌّ، وهو بإباحةِ الانتفاعِ بهِ، وهو المرادُ ههنا مَنفيَّاً. اهـ، أي: هو المرادُ بالتَّقوُّمِ المَنفيِّ هنا. رد المحتار (٧/ ٢٤١) ط عالم الكتب.

(٢) أي: في جَعلِه مبيعاً إعزازٌ له.

(٣) أي: وكذا إذا باع الخمرَ بالثَّوبِ يكونُ البيعُ فاسداً، وإنْ وَقَع الخمرُ مَبيعاً والثَّوبُ ثَمَناً؛ لِكَونِ هذا العقد مُقايَضَةً، وفيها كلٌّ من العِوَضَين يكونُ ثَمَناً ومُثْمَناً، فلمَّا كان في الخمرِ جهةُ الثَّمنيَّةِ، رُجِّح جانبُ الفسادِ على جانب البُطلان، صوناً لِلتَّصرُّف عن البُطلانِ بِقَدر الإمكان. عناية.

(٤) تقدَّم انظر (٢/ ٣٤٣).

وإنْ ماتَتْ أمُّ الوَلَدِ أو المُدَبَّرُ في يَدِ المُشتري، فلا ضَمانَ عليه عندَ أبي حنيفة، وقالا: عليه قِيمتُهُما. ....

في المُدبَّرِ في الحال؛ لِبُطلانِ الأهليَّةِ بعد الموتِ، والمكاتَبُ استَحَقَّ يداً على نفسِهِ لازِمَةً في حقِّ المولى، ولو ثَبَتَ المِلكُ بالبيعِ لبَطَلَ ذلك كلُّه، فلا يجوزُ[1].

ولو رَضِيَ المكاتَبُ بالبيعِ ففيه روايتان، والأظهرُ الجوازُ.

والمرادُ المُدَّبرُ المُطلَقُ دونَ المُقيَّد[2]، وفي المُطلَقِ خِلافُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وقد ذكرناه في العتاق.

قال: (وإنْ ماتَتْ أمُّ الوَلَدِ أو المُدَبَّرُ في يَدِ المُشتري، فلا ضَمانَ عليه عندَ أبي حنيفة، وقالا: عليه قِيمتُهُما)، وهو روايةٌ عنه.

لهما: أنَّه مقبوضٌ بجهةِ البيعِ، فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال[3]، وهذا[4] لأنَّ المُدبَّرَ وأمَّ الولدِ يَدخُلان تحتَ البيع، حتَّى يَملِكُ ما يُضَمُّ إليهما في البيع، بخلاف المُكاتَبِ؛ لأنَّه في يدِ نفسِهِ، فلا يتحقَّقُ في حقِّه القبضُ، وهذا الضَّمانُ به.

وله: أنَّ جهةَ البيعِ إنَّما تَلحَقُ بحقيقتِهِ[5] في مَحلٍّ يَقبَلُ الحقيقةَ[6]، وهما لا يَقبلانِ حقيقةَ البيعِ، فصارا كالمكاتَبِ، وليس دُخولُهما في البيعِ في حقِّ

---

(١) أي: فلا يجوزُ البيعُ، وما لا يُفيدُ المِلكَ من البيع فهو باطلٌ.

(٢) المدبَّر المطلق: هو الذي عُلِّق عِتقُه بالموت، من غير تعرُّضٍ لذكر صفة، كقوله: أنت حرٌّ بعد موتي، أو إن مُتُّ فأنت حرٌّ.

والمدبَّر المقيَّد: هو مثل قوله: «إذا قدمتُ من سفري هذا فأنت حرٌّ بعد موتي»، و«إن شُفيت من مرضي هذا فأنت حرٌّ بعد موتي»، وهذا يباع بالإجماع، بناية بتصرف.

(٣) المقبوضةِ على سومِ الشِّراءِ.

(٤) أي: كونُهما مقبوضين بجهة البيع.

(٥) أي: بحقيقة البيع.

(٦) أي: يقبل حقيقة البيع، أي: حقيقةُ حكمِهِ، وهو الملك.

ولا يَجوزُ بَيْعُ السَّمكِ قبلَ أنْ يُصْطادَ، ولا في حَظِيرَةٍ إذا كانَ لا يُؤخَذُ إلَّا بِصَيدٍ، ولا بَيعُ الطَّيرِ في الهَواءِ، ولا بِيعُ الحَملِ ولا النِّتاجِ، ....

أنفُسِهما، وإنَّما ذلك لِيَثبُت حكمُ البيعِ فيما ضُمَّ إليهما، فصار كمالِ المُشتري لا يَدخلُ في حُكمِ عَقدِهِ بانفرادِهِ، وإنَّما يَثبُتُ حكمُ الدُّخولِ فيما ضَمَّه إليه، كذا هذا.

قال: (ولا يَجوزُ بَيْعُ السَّمكِ قبلَ أنْ يُصْطادَ)؛ لأنَّه باعَ ما لا يَملِكُه، (ولا في حَظِيرَةٍ إذا كانَ لا يُؤخَذُ إلَّا بِصَيدٍ)؛ لأنَّه غيرُ مَقدُورِ التَّسليمِ، ومعناه: إذا أخَذَه ثَمَّ ألقاه فيها، لو كان يُؤخَذُ من غيرِ حيلةٍ جازَ، إلَّا إذا اجتمعتْ فيها بأنفُسِها ولم يَسُدَّ عليها المَدخَلَ لِعَدَمِ المِلْك[1].

قال: (ولا بَيعُ الطَّيرِ في الهَواءِ)؛ لأنَّه غيرُ مَملوكٍ قبلَ الأخذِ، وكذا لو أرسَلَهُ من يدِهِ؛ لأنَّه غيرُ مَقدورِ التَّسليم[2].

قال: (ولا بِيعُ الحَملِ ولا النِّتاجِ[3])؛ «لِنَهيِ النَّبيِّ ﷺ عن بَيعِ الحَبَلِ وحَبَلِ الحَبَلَة»[4]، ولأنَّ فيه غَرراً.

---

(١) وفيه إشارةٌ إلى أنَّه لو سَدَّ صاحبُ الحَظيرةِ عليها مَلَكَها، أمَّا بِمُجرَّدِ الاجتماعِ في مِلكِه فلا، كما لو باضَ الطَّيرُ في أرضِ إنسانٍ أو فَرَّختِ، فإنَّه لا يَملكُه لِعَدمِ الإحراز.
لا يُشكِل بما إذا عسل النَّحلُ في أرضه، فإنَّه يَملِكُه بمجرَّدِ اتِّصاله بِمِلكِهِ من غيرِ أن يُحرِزَه أو يُهيِّئَ له مَوضِعاً؛ لأنَّ العسلَ إذ ذاك قائمٌ بأرضِهِ على وجهِ القَرارِ، فصار كالشَّجر النَّابتِ فيها، بخلافِ بيضِ الطَّيرِ وفَرْخِها والسَّمكِ المُجتَمِعِ بنفسِهِ، فإنَّها ليست فيها على وجهِ القرار. عناية.

(٢) في فتح القدير: ذكَرَ التُّمرتاشي: لو باع طيراً يذهبُ ويَجيءُ كالحَمامِ، فالظَّاهرُ أنَّه لا يجوز. وفي فتاوى قاضي خان: وإن باع طيراً له يطير، إنْ كان داجِناً يعودُ إلى بيتِهِ ويَقدِرُ على أخذِهِ بلا تكلُّفٍ، جاز بيعُهُ وإلَّا فلا، وقولُ المصنِّف فيما يأتي: والحَمامُ إذا عَلِمَ عَدَدَها وأمكَنَ تَسليمُها، جاز بيعُها؛ لأنَّه مقدورُ التَّسليم، يوافقُهُ.

(٣) «النِّتاج» هو حبَلُ الحَبَلَة. قيل معناه: أن يَبيعَ ما سوف يَحمِلُه الجنينُ إن كان أنثى. وكانوا في الجاهليَّةِ يَعتادون ذلك فأبطَلَهُ رسولُ الله ﷺ، ولأنَّ فيه غَرَراً وهو ما طُوِي عنك عِلمُهُ. عناية.

(٤) أخرج عبد الرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب: بيع الحيوان بالحيوان (١٤١٣٨) عن بن عمر عن

ولا اللَّبَنُ في الضَّرعِ لِلغَرَرِ، ولا الصُّوفُ على ظَهرِ الغَنَمِ، ....

(ولا اللَّبَنُ[1] في الضَّرعِ لِلغَرَرِ)، فعَسَاهُ انتفاخٌ، ولأنَّه يُنازِعُ في كيفيَّةِ الحَلْبِ[2]، وربَّما يَزدادُ فَيختَلِطُ المَبيعُ بغيره.

قال: (ولا الصُّوفُ على ظَهرِ الغَنَمِ)؛ لأنَّه من أوصافِ الحيوانِ، ولأنَّه يَنبُتُ من أسفَلُ[3] فَيختَلِطُ المَبيعُ بغيره، بخلافِ القوائمِ[4]؛ لأنَّها تَزيدُ من أعلى[5]، وبخلافِ القَصيلِ[6] لأنَّه يُمكِنُ قَلعُهُ، والقَطعُ في الصُّوفِ مُتعيِّنٌ، فيقعُ التَّنازُعُ في مَوضِعِ القَطعِ.

وقد صحَّ «أنَّه ﷺ نهى عن بيعِ الصُّوفِ على ظَهرِ الغَنَم، وعن لَبَنٍ في ضَرعٍ، وعن سَمْنٍ في لَبَنٍ»[7] وهو حجَّةٌ على أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا الصُّوفِ، حيث جوَّز بيعَهُ فيما يُروى عنه.

= النبي ﷺ أنَّه نهى عن المَضامين والمَلاقيح وحَبَلِ الحَبلَةِ، والمَضامينُ ما في أصلابِ الإبلِ، والملاقيحُ ما في بُطونِها، وحبَلُ الحَبلَةِ وَلَدُ وَلدِ هذه النَّاقة.

وأخرج الطبراني في الكبير (١١/ ٢٣٠) (١١٥٨١) عن ابن عباس: أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن بَيعِ المَضامينِ والمَلاقيحِ وحَبَلِ الحَبلَةِ.

(١) يجوزُ بالجرِّ عطفاً على المضاف إليه، وتقديرِ المضاف. والرَّفعُ على إقامتِهِ مقامَ المضاف.

(٢) وذلك لأنَّ المشتري يستقصي في الحَلْبِ والبائعُ يُطالِبُه بأن يَترُكَ داعيةَ اللَّبن. عناية.

(٣) بالضمِّ على البناء؛ لأنَّه أحد الجهاتِ السِّتِّ. بناية.

(٤) في الفتح: أي: قوائم الخلاف. اهـ و«الخِلاف» هو شجر الصَّفصاف.

(٥) حتَّى لو رَبطتَ خيطاً في أعلاها وتُركت أيَّاماً، يبقى الخيطُ أسفَلَ مِمَّا في رأسِها الآن، والأعلى مِلكُ المشتري، وما وقع من الزِّيادة وَقَع في مِلكه.

(٦) «القَصيل» وهو الشَّعير يُجزُّ أخضَر لِعَلَف الدَّواب. المغرب.

(٧) أخرج الطبراني في الأوسط (٤/ ١٠١) (٣٧٠٨)، وفي الكبير (١١/ ٣٣٨) (١١٩٦٢) عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: نهى رسول الله ﷺ أن تُباعَ ثمَرَةٌ حتَّى تُطعِم، ولا صوفٌ على ظهرٍ، ولا لَبَنٌ في ضَرعٍ.

ورواه أبو داود في مراسيله في المفلس (١٨٢) موقوفا على ابن عباس قال: لا تَبعْ أصوافَ الغَنمِ على ظُهورِها، ولا تَبع ألبانَها في ضُروعِها.

وجِذْعٌ في سَقفٍ، وذراعٌ مِنْ ثَوبٍ، ذَكَرا القَطْعَ أو لم يَذكراهُ، وضَرْبَةُ القانِصِ، وبَيْعُ المُزابَنَةِ، وهو: بَيْعُ الثَّمرِ على النَّخيلِ بِتَمْرٍ مَجذُوذٍ مِثْلِ كَيلِهِ خَرْصَاً. ....

قال: (وجِذْعٌ في سَقفٍ، وذراعٌ مِنْ ثَوبٍ[1]، ذَكَرا القَطْعَ أو لم يَذكراهُ)؛ لأنَّه لا يُمكِنُ التَّسليمُ إلَّا بضررٍ، بخلافِ ما إذا باع عشَرةَ دراهمَ من نُقرةِ فضَّةٍ؛ لأنه لا ضَرَرَ في تَبعيضِهِ، ولو لم يكن[2] مُعيَّناً لا يجوزُ لِما ذكرنا، وللجَهالة أيضاً.

ولو قَطَعَ البائعُ الذِّراعَ أو قَلَعَ الجِذعَ قبلَ أن يَفسَخَ المُشتري، يَعودُ صحيحاً لِزَوالِ المُفسِدِ، بخلاف ما إذا باع النَّوَى في التَّمرِ، أو البِذرَ في البِطِّيخ حيثُ لا يكون صحيحاً، وإنْ شَقَّهما وأخرَجَ المَبِيعَ؛ لأنَّ في وُجودِهما احتمالاً، أمَّا الجِذعُ فعَينٌ مَوجودٌ.

قال: (وضَرْبَةُ القانِصِ[3])، وهو ما يَخرُجُ من الصَّيدِ بِضَربِ الشَّبكةِ مرَّةً؛ لأنَّه مجهولٌ، ولأنَّ فيه غَرَراً.

قال: (وبَيْعُ المُزابَنَةِ، وهو بَيْعُ الثَّمرِ على النَّخيلِ بِتَمْرٍ مَجذُوذٍ مِثْلِ كَيلِهِ خَرْصاً[4])؛ «لأنَّه ﷺ نَهى عن المُزابنةِ والمُحاقَلَةِ»[5]، فالمزابنةُ ما ذكرنا، والمُحاقلةُ: بيعُ الحنطةِ في سُنبُلِها بحنطةٍ مثلِ كَيلِها خَرْصاً؛ ولأنَّه باعَ مَكيلاً بِمَكيلٍ من جنسِهِ، فلا تجوزُ بِطَريقِ الخَرْصِ، كما إذا كانا مَوضُوعَينِ على

(١) أي: ثوب يضرُّه التَّبعيض، أمَّا لا يضرُّ تبعيضُه فيجوز.

(٢) أي: كلٌّ من الجذع والذِّراع.

(٣) «القانص» الصَّائد، يقال: قَنَصَ، إذا صاد.

(٤) أي: ظنَّاً وتقديراً، لأنَّه لو كان مِثلَهُ كيلاً حقيقيَّاً لم يبقَ ما على الرَّأسِ ثَمراً، بل تمراً مَجذوذاً كالذي يُقابِلُه من المَجذوذ. عناية.

(٥) أخرج البخاري في البيوع، باب: بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم وبيع العرايا (٢٠٧٤)، ومسلم في البيوع، باب: كراء الأرض (١٥٤٦) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن المُزابنةِ والمُحاقَلَةِ. والمُزابَنَةُ اشتراءُ الثَّمرِ بالتَّمرِ في رُؤوسِ النَّخل.
وفي الباب من حديث جابر، وأنس، وابن عباس، وأبي هريرة رضي الله عنهم وعنَّا بهم.

ولا يَجوزُ البيعُ بإلقاءِ الحَجَرِ والمُلامَسَةِ والمُنابَذَةِ. ....

الأرض، وكذا العِنَبُ بالزَّبيبِ على هذا[1].

وقال الشَّافعي رَحِمَهُ الله[2]: يجوزُ فيما دونَ خمسةِ أوسُقٍ؛ «لأنَّه ﷺ نَهَى عن المُزابنةِ ورَخَّصَ في العَرَايا»[3]، وهو: أن يُباعَ بِخَرْصِها تمراً فيما دونَ خمسةِ أوسُقٍ.

قلنا: «العَرِيَّة» العَطيَّةُ لغةً، وتأويلُهُ[4]: أن يَبيعَ المُعرَى له ما على النَّخيلِ من المُعرِي بِتَمرٍ مَجذوذٍ، وهو بيعٌ مجازاً[5]؛ لأنَّه لم يَملِكْه، فيكون بِرّاً مُبتدأً.

قال: (ولا يَجوزُ البيعُ بإلقاءِ الحَجَرِ والمُلامَسَةِ والمُنابَذَةِ)، وهذه بيوعٌ كانت في الجاهليَّة، وهو: أنْ يَتَراوَضَ الرَّجلان على سِلعَةٍ - أي: يتساومان[6] - فإذا

---

(١) ومعنى النَّهي أنه مالٌ رِبويٌّ، فلا يجوزُ بيعُهُ بجنسِهِ مع الجهل بتساويهما.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ١٢٧) دار الفكر: (ولا يصحُّ بيعُ الحنطةِ في سُنبلِها بِصافيةٍ) من التِّبن (وهو المُحاقَلةُ، ولا) بيعُ (الرُّطبِ على النَّخلِ بِتمرٍ، وهو المُزابنةُ) للنَّهي عنهما، (ويُرخَّصُ في) بيع (العرايا) جمع عريَّة، وهي ما يُفرِدُها مالِكُها للأكل؛ لأنَّها عَرِيت عن حكم جميعِ البستان، (وهو بيعُ الرُّطبِ على النَّخلِ) خَرْصاً (بِتَمرٍ في الأرض) كيلاً، (أو العِنَبِ في الشَّجرِ) خَرصاً (بِزَبيبٍ) في الأرض كيلاً، ومحلُّ الرُّخصةِ (فيما دونَ خمسةِ أوسُقٍ) تحديداً بتقدير الجفافِ بمثلِهِ. اهـ.

(٣) النَّهيُ عن المزابنةِ مرَّ معكَ قبل أسطر، وأمَّا العرايا فأخرج البخاري في البيوع، باب: بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة (٢٠٧٨)، ومسلم في البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١٥٤١) عن أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ رَخَّصَ في بيع العرايا في خمسةِ أوسُقٍ أو دونَ خَمسةِ أوسُقٍ.

(٤) أي: وتأويل قوله: «ورخص في العرايا».

(٥) في العناية: وتأويلُها - أي: العرية - أن يَهَبَ الرَّجلُ ثمرةَ نخلةٍ من بستانِهِ لِرَجل، ثمَّ يشقُّ على المُعرِي دخولُ المُعرَى له في بستانه كلَّ يوم؛ لِكَونِ أهله في البستان، ولا يرضى من نفسِهِ خُلفَ الوعدِ والرُّجوعَ في الهبةِ، فَيُعطيه مكانَ ذلك تَمراً مَجذوذاً بالخَرْصِ؛ لِيَدفعَ ضَرَرَهُ عن نفسِهِ، ولا يكون مُخلِفاً لِوَعده.

(٦) «التَّساوم» تفاعلٌ، من السَّوم، سام البائعُ السِّلعةَ عَرَضَها للبيع وذَكَرَ ثَمَنَها، وسامَها المُشتري بمعنى استامَها سَوْماً، ومنه «لا يَسُوم الرَّجلُ على سَومِ أخيه»، أي: لا يشتري. المغرب.

ولا بَيْعُ ثَوبٍ مِنْ ثَوبَينِ، ولا بَيْعُ المَراعِي، ولا إجارَتُها، ....

لَمَسَها المشتري، أو نَبَذَها إليه البائعُ، أو وَضَعَ المشتري عليها حصاةً، لَزِمَ البيعُ. فالأوَّلُ بيعُ المُلامَسةِ، والثاني المُنابَذَةِ، والثَّالث إلقاءُ الحَجَرِ، وقد «نهى ﷺ عن بيع المُلامَسَة والمُنابَذَة»[١]، ولأنَّ فيه تعليقاً بالخَطَر.

قال: (ولا) يجوزُ (بَيْعُ ثَوبٍ مِنْ ثَوبَينِ)؛ لِجَهالةِ المَبيعِ؛ ولو قال: «على أنَّه بالخيار في أن يأخذَ أيَّهما شاء» جازَ البيعُ استحساناً، وقد ذكرناه بفروعه[٢].

قال: (ولا) يجوزُ (بَيْعُ المَراعِي، ولا إجارَتُها) المُرادُ: الكلأ[٣].

أمَّا البيعُ فلأنَّه ورَدَ على ما لا يَملِكُهُ؛ لاشتراكِ النَّاسِ فيه[٤] بالحديث[٥].

وأمَّا الإجارةُ فلأنَّها عُقِدَت على استهلاكِ عَينٍ مُباحٍ[٦]، ولو عُقِدَ على استهلاكِ عَينٍ مَملُوكٍ، بأنِ استأجَرَ بقرةً لِيَشرَبَ لَبَنَها، لا يجوزُ، فهذا أولى[٧].

---

(١) أخرج البخاري في البيوع، باب: في بيع المنابذة (٢٠٣٩)، ومسلم – واللفظ له – في البيوع، باب: إبطال بيع الملامسة والمنابذة (١٥١١) عن أبي هريرة أنَّه قال: نهى عن بَيعَتَينِ المُلامَسةِ والمُنابَذةِ، أمَّا المُلامسَةُ فأن يَلمَسَ كلُّ واحدٍ منهما ثوبَ صاحبِهِ بغير تأمُّلٍ، والمُنابَذةُ أن يَنبُذَ كلُّ واحدٍ منهما ثوبَهُ الى الآخَرِ ولم يَنظُرْ واحدٌ منهما إلى ثوبِ صاحبِهِ.

(٢) أي: في باب خيار الشَّرط. انظر ص (٢٨).

(٣) فسَّرها بالكلإِ دَفعاً لِوَهم أن يُرادَ مكانُ الرَّعي، فإنَّه جائزٌ. فتح.

(٤) اشتراكَ إباحةٍ، لا مِلك، ولأنَّه لا يَحصُلُ به للمشتري فائدةٌ، فإنَّ المقصودَ من المِلك يَحصُلُ بلا بيعٍ، إذ يتَمَلَّكُه بدونه. فتح.

(٥) أراد ما أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث (٢٤٧٢) عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمونَ شُركاءُ في ثلاثٍ: في الماءِ، والكلأ، والنَّار، وثمَنُهُ حرامٌ».

(٦) أي: غير مملوكة.

(٧) أي: عدمُ جوازِ الإجارة على استهلاك عينٍ مباحةٍ أولى؛ لأنَّ المستَحقَّ بعقد الإجارة المنافعُ لا الأعيانُ اتِّفاقاً، إلَّا إذا كانت الأعيانُ آلةً لإقامة العملِ المُستَحَقِّ بالإجارة، كالصَّبغِ في استئجار الصَّبَّاغ، واللَّبنِ في استئجار الظِّئر؛ لكونه آلةً للحَضانةِ والظُّؤرة. عناية بتصرف.

ولا [يجوز] بَيعُ النَّحلِ. ولا يَجُوزُ بَيعُ دُودِ القَزِّ عند أبي حنيفة، ولا بَيْعُ بَيضِهِ عند أبي حنيفة، وعندهما: يَجوزُ.

قال: (ولا يَجوزُ بَيعُ النَّحلِ) وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ وأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجوزُ إذا كان مُحرَزاً، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]؛ لأنَّه حيوانٌ مُنتفَعٌ به حقيقةً وشرعاً[2]، فيجوزُ بَيعُهُ وإن كان لا يُؤكَلُ، كالبغل والحمار.

ولهما: أنَّهما من الهَوامِّ[3]، فلا يجوزُ بيعُهُ كالزَّنابير، والانتفاعُ بما يَخرُجُ منه لا بِعَينِهِ، فلا يكونُ مُنتَفَعاً به قبلَ الخروجِ، حتَّى لو باع كوَّارةً فيها عسَلٌ بما فيها من النَّحلِ، يجوزُ تبَعاً له، كذا ذكره الكرخيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(ولا يَجُوزُ بَيعُ دُودِ القَزِّ عند أبي حنيفة)؛ لأنَّه من الهوامِّ، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ يجوزُ إذا ظَهَرَ فيه القَزُّ تَبَعاً له. وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجوزُ كيفما كان؛ لِكَونِهِ مُنتفَعاً به[4].

(ولا يَجوزُ بَيْعُ بَيضِهِ عند أبي حنيفة، وعندهما: يَجوزُ)؛ لِمَكانِ الضَّرورة. وقيل: أبو يوسف مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كما في دودِ القَزِّ.

---

(1) قال الرافعي في الشرح الكبير (٨/ ١١٩) دار الفكر: وبيعُ النَّحلِ في الكُوَّارةِ صحيحٌ إن كان قد شاهَدَ جميعَها، وإلا فهو من صورةِ بيع الغائب، وإن باعها وهي طائرةٌ من الكُوارة: فمنهم من صحَّح البيعَ كبيع النَّعَم المُسيَّبةِ في الصَّحراء، وهذا ما أورده في التَّتمَّة، ومنهم مَن منعه إذ لا قُدرةَ على التَّسليمِ في الحال، والعودُ غيرُ موثوق به، وهذا ما أورده في التهذيب. اهـ، وقال النووي في الروضة (٣/ ١٩): الأصحُّ الصِّحَّةُ.

(2) قوله: «حقيقةً» باستيفاءِ ما يَحدُث منه، و«شرعاً» لِعَدَم ما يمنَعُ عنه شرعاً، وكلُّ ما هو كذلك يجوزُ بيعُهُ.

(3) جمع «هامَّة» مثل: دابَّة ودواب، وهي ما له سُمٌّ يَقتُلُ كالحيَّة، قاله الأزهريُّ. وقد يُطلَق على ما يُؤذي ولا يَقتُلُ كالحشرات. مصباح، والمراد هنا ما يَشمَلُ المُؤذِيَ وغيرَهُ مِمَّا لا يُنتفَعُ بعينه.

(4) في اللباب للغنيمي: قال في الخلاصة: وفي بيعِ دودِ القزِّ الفتوى على قول محمد إنَّه يجوز، وأمَّا بيعُ بِزْر القَزِّ - أي: بيضه - فجائزٌ عندهما، وعليه الفتوى، وكذا قال الصَّدر الشَّهيد في واقعاته، وتَبِعَه النَّسفيُّ، وكذا في المحيط، كذا في التَّصحيح. اهـ.

ولا يَجُوزُ بَيعُ الآبِقِ إلَّا أن يَبيعَهُ مِنْ رَجُلٍ زَعَمَ أنَّهُ عِندَهُ، ....

والحَمامُ إذا عَلِم عَدَدَها وأمكَنَ تَسليمُها جازَ بيعُها؛ لأنَّه مالٌ مَقدورُ التَّسليم[1].

(ولا يَجُوزُ بَيعُ الآبِقِ) لنهيِ النَّبيِّ ﷺ عنه[2]، ولأنَّه لا يَقدِرُ على تسليمِهِ، (إلَّا أن يَبيعَهُ مِنْ رَجُلٍ زَعَمَ أنَّهُ عِندَهُ)؛ لأنَّ المَنهيَّ عنه بيعُ آبقٍ مُطلَقٍ، وهو أن يكونَ آبِقاً في حقِّ المُتعاقِدَينِ، وهذا غيرُ آبِقٍ في حقِّ المشتري؛ ولأنَّه إذا كان عندَ المشتري انتَفَى العَجزُ عن التَّسليمِ، وهو المانعُ.

ثمَّ لا يصيرُ قابِضاً بمجرَّدِ العقدِ إذا كان في يدِهِ وكان أشهَدَ عندَ أخذِهِ[3]؛ لأنَّه أمانةٌ عندَهُ، وقَبضُ الأمانةِ لا ينوبُ عن قَبضِ البيعِ[4]، ولو كان لم يُشهِدْ يجبُ أن يَصيرَ قابضاً؛ لأنَّه قَبضُ غَصبٍ[5].

لو قال: «هو عندَ فُلانٍ، فَبِعْهُ مِنِّي» فباعَهُ، لا يجوزُ؛ لأنَّه آبِقٌ في حقِّ المُتعاقِدَينِ، ولأنَّه لا يَقدِرُ على تسليمِهِ.

ولو باعَ الآبِقَ، ثمَّ عادَ من الإباقِ، لا يَتمُّ ذلك العقدُ؛ لأنَّه وقَعَ باطلاً؛ لانعدامِ المَحلِّيَّةِ، كبيعِ الطَّيرِ في الهواءِ[6]. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنَّه يَتِمُّ العقدُ إذا لم يُفسَخْ؛

---

(١) انظر ص (٧٤) عند قوله: بَيعُ الطَّيرِ في الهَواءِ.

(٢) أخرج ابن ماجه في التجارات، باب: النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص (٢١٩٦) عن أبي سعيد الخدري قال: نهى رسولُ الله ﷺ عن شراءِ ما في بُطونِ الأنعامِ حتَّى تَضَعَ، وعمَّا في ضُروعِها إلَّا بِكَيلٍ، وعن شراءِ العبدِ وهو آبقٌ، وعن شراءِ المَغانِمِ حتَّى تُقسَمَ، وعن شراءِ الصَّدقاتِ حتَّى تُقبَضَ، وعن ضَربةِ القانصِ.

(٣) أي: أشهَدَ عند أخذِ العبد الآبقِ أنَّه أخَذَهُ لِيردَّه على مالكِهِ، فيكون في هذه الحالةِ أمانة عنده، حتى لو هلك قبل أن يصِلَ إلى سيِّده لا يضمَنُه.

(٤) فلو هَلَكَ العبدُ قبل أن يعودَ إلى سيِّده انفسخ البيعُ ورجع المشتري بالثَّمن.

(٥) وقبضُ الغصبِ قبضُ ضمانٍ.

(٦) أي: كما لو باع طيراً في الهواء، ثمَّ سلَّمه، لم يصحَّ. وهذا يفيدُ أنَّ البيعَ باطلٌ، وهو مختار مشايخ بَلْخ والثَّلجيِّ. فتح.

ولا بَيعُ لَبَنِ امرأةٍ في قَدَحٍ، ولا بَيعُ شَعْرِ الخِنْزيرِ، ولا بَيْعُ شُعُورِ الإنسانِ، ولا الانتفاعُ بِها، ....

لأنَّ العقدَ انعَقَدَ لقيامِ الماليَّةِ، والمانعُ قدِ ارتفَعَ، وهو العجزُ عن التَّسليم، كما إذا أَبَقَ بعد البيعِ، وهكذا يُروى عن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[1].

قال: (ولا) يجوزُ (بيعُ لَبَنِ امرأةٍ في قَدَحٍ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: يجوزُ بيعُهُ؛ لأنَّه مشروبٌ طاهرٌ.

ولنا: أنَّه جُزءُ الآدميِّ، وهو بِجَميعِ أجزائِهِ مُكرَّمٌ مَصُونٌ عن الابتذالِ بالبيعِ.

ولا فرقَ في ظاهرِ الرِّوايةِ بين لَبَنِ الحُرَّةِ والأمةِ. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يجوزُ بيعُ لبنِ الأمةِ؛ لأنَّه يجوزُ إيرادُ العَقدِ على نَفسِها، فكذا على جُزئها.

قلنا: الرِّقُّ قد حَلَّ نَفْسَها، فأمَّا اللَّبَنُ فلا رِقَّ فيه؛ لأنَّه يختَصُّ بِمَحلٍّ يتحقَّقُ فيه القوَّةُ التي هي ضِدُّه، وهو الحيُّ، ولا حياةَ في اللَّبن.

قال: (ولا) يجوزُ (بيعُ شَعْرِ الخنْزيرِ)؛ لأنَّه نَجِسُ العينِ، فلا يجوزُ بيعُهُ إهانةً له، ويجوزُ الانتفاعُ به لِلخَرزِ للضَّرورةِ، فإنَّ ذلك العملَ لا يتأتَّى بدونه، ويُوجَدُ مُباحَ الأصلِ فلا ضرورةَ إلى البيع.

ولو وَقَعَ في الماءِ القليلِ أفسَدَهُ عند أبي يوسف. وعند محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُفسِدُه؛ لأنَّ إطلاقَ الانتفاعِ به دليلُ طَهارتِهِ. ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الإطلاقَ للضَّرورةِ، فلا يَظهَرُ إلَّا في حالةِ الاستعمالِ، وحالةُ الوُقوعِ تُغايرُها[3].

(ولا) يجوزُ (بَيْعُ شُعُورِ الإنسانِ، ولا الانتفاعُ بِها)؛ لأنَّ الآدميَّ مُكرَّمٌ غيرُ

---

(١) وهذا يقتضي أنَّ البيعَ فاسدٌ، قال في الفتح: والوجه عندي أنَّ عدمَ القدرةِ على التَّسليمِ مفسِدٌ لا مبطِلٌ. وبه أخذ الكرخيُّ وجماعةٌ من المشايخ.

(٢) قال الرافعي في الشرح الكبير (٨/ ١٢١) دار الفكر: بيعُ لبنِ الآدميَّاتِ صحيحٌ؛ لأنَّه مالٌ طاهرٌ مُنتفَعٌ به، فأشبه لبنَ الشَّاة. اهـ.

(٣) وهو الصَّحيح. فتح.

ولا بَيعُ جُلُودِ المَيتةِ قبلَ أنْ تُدْبَغَ، ولا بأسَ بِبَيعِها والانتفاعِ بها بعدَ الدِّباغِ. ولا بأسَ بِبَيعِ عِظامِ المَيتَةِ وعَصَبِها وصُوفِها وقَرْنِها وشَعْرِها ووَبَرِها والانتفاعِ بذلكَ كُلِّهِ. وإذا كانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وعُلْوُهُ لآخَرَ، فَسَقَطا أو سَقَطَ العُلْوُ وَحْدَهُ، فباعَ صاحِبُ العُلْوِ عُلْوَهُ، لم يَجُزْ. ....

مُبتَذَلٍ، فلا يَجوزُ أن يكونَ شيءٌ من أجزائِهِ مُهاناً ومُبتَذَلاً، وقد قال ﷺ: «لعَنَ اللهُ الواصِلَةَ والمُستَوصِلَةَ»[1] الحديث، وإنَّما يُرَخَّص فيما يُتَّخَذُ من الوَبَر فَيَزيدُ في قُرونِ النِّساءِ وذَوائبِهِنَّ.

قال: (ولا بَيعُ جُلُودِ المَيتةِ قبلَ أنْ تُدْبَغَ)؛ لأنَّه غيرُ مُنتَفَعٍ به، قال ﷺ: «لا تَنتَفِعُوا من الميتةِ بإهابٍ»[2]، وهو اسمٌ لِغَير المَدبوغِ على ما عُرِف في كتاب الصَّلاة.

(ولا بأسَ بِبَيعِها والانتفاعِ بها بعدَ الدِّباغِ)؛ لأنَّها قد طَهُرت بالدِّباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصَّلاة.

(ولا بأسَ بِبَيعِ عِظامِ المَيتَةِ وعَصَبِها وصُوفِها وقَرْنِها وشَعْرِها ووَبَرِها والانتفاعِ بذلكَ كُلِّهِ)؛ لأنَّها طاهرةٌ لا يَحلُّها الموتُ؛ لِعَدَم الحياةِ، وقد قرَّرناه من قبل.

والفيلُ كالخنزير نَجِسُ العَينِ عند محمد رَحِمَهُ الله، وعندهما: بمنزلةِ السِّباعِ، حتَّى يُباعُ عَظمُهُ ويُنتَفَعُ به.

قال: (وإذا كانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وعُلْوُهُ لآخَرَ، فَسَقَطا أو سَقَطَ العُلْوُ وَحْدَهُ، فباعَ صاحِبُ العُلْوِ عُلْوَهُ، لم يَجُزْ)؛ لأنَّ حقَّ التَّعلِّي ليس بمالٍ؛ لأنَّ المالَ ما يُمكِنُ إحرازُهُ، والمالُ هو المَحَلُّ للبيع، بخلاف الشِّرْبِ حيث يجوزُ بَيعُهُ تَبَعاً للأرض

---

(١) أخرجه الأئمَّة السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في اللباس، باب: المستوشمة (٥٦٠٣)، ومسلم في اللباس والزينة، باب: تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة (٢١٢٤) عن ابن عمر: أنَّ رسولَ الله ﷺ لَعَنَ الواصِلَةَ والمُستَوصِلَةَ والواشِمَةَ والمُستَوشِمَةَ.

(٢) تقدَّم، انظر (١/ ٩٥).

وبَيْعُ الطَّريقِ وهِبَتُهُ جائزٌ، وبَيعُ مَسِيلِ الماءِ وهِبَتُهُ باطِلٌ. ....

باتِّفاقِ الرِّواياتِ، ومُفْرَداً في روايةٍ، وهو[1] اختيارُ مشايخِ بَلْخٍ رَحِمَهُمُاللَّهُ؛ لأنَّه حظٌّ من الماءِ، ولهذا يُضمَنُ بالإتلاف، وله قِسطٌ من الثَّمن[2] على ما نَذكرُهُ في كتاب الشِّرب.

قال: (وبَيْعُ الطَّريقِ وهِبَتُهُ جائزٌ، وبَيعُ مَسِيلِ الماءِ وهِبَتُهُ باطِلٌ)، والمسألةُ تحتمل وجهين: بيعُ رَقَبةِ الطَّريقِ والمَسيلِ، وبَيعُ حقِّ المُرورِ والتَّسييل.

- فإن كان الأوَّلَ فوجهُ الفَرقِ بينَ المسألتين: أنَّ الطَّريقَ معلومٌ؛ لأنَّ له طولاً وعَرْضاً مَعلُوماً، وأمَّا المَسيلُ فمجهولٌ؛ لأنَّه لا يُدرَى قَدْرُ ما يَشغَلُه من الماءِ[3].

- وإن كان الثَّاني ففي بَيعِ حقِّ المُرورِ روايتان[4]، ووجهُ الفَرقِ على إحداهما[5] بينه وبين حقِّ التَّسييلِ: أنَّ حقَّ المُرورِ معلومٌ لِتعَلُّقه بمحلٍّ معلومٍ وهو الطَّريق،

---

(١) أي: جوازُ بيعِ الشِّربِ مُفرَداً عن الأرض.

(٢) في البناية: قال الأترازي: أي: في المبسوط، قلت: هذا على النسخة التي فيها «على ما ذكره»، وفي بعض النسخ «على ما نذكره» فإن صحت هذه النسخة يكون المراد من قوله «في كتاب الشرب» مسائل الشرب التي ذكرها في كري الأنهار في كتاب إحياء الموات. اهـ
لكن قال في الفتح: فإنَّه قال فيه: ادَّعَى رجلٌ شِراءَ أرضٍ بِشِربِها بألفٍ، فَشَهِد شاهدٌ بذلك وسَكَتَ الآخرُ عن الشِّربِ، بطَلَتْ شهادَتُهما لاختلافِهما في مقدارِ ثَمَنِ الأرضِ؛ لأنَّ الذي زادَ الشِّربَ نَقَصَ من ثَمَنِ الأرض؛ لأنَّ بعضَ الثَّمنِ يُقابِلُ الشِّربَ، فصار كاختلافِهما في مقدار الثَّمن.
وأمَّا ضمانُهُ بالإتلافِ، وهو بأن يَسقِيَ أرضَهُ بِشِرْبِ غيرِهِ. انتهى باختصار.

(٣) المرادُ بالمسألة: ما إذا لم يُبيِّن مِقدارَ الطَّريقِ والمَسيلِ، أمَّا لو بيَّنَ حدَّ ما يَسيلُ فيه الماءُ، أو باع أرضَ المَسيلِ من نهرٍ أو غيرِهِ من غيرِ اعتبارِ حقِّ التَّسييلِ، فهو جائزٌ بعدَ أن يُبيِّنَ حُدودَهُ. فتح.

(٤) روايةُ الزِّيادات لا يجوزُ لجهالته، وبه أخذ الكرخيُّ، وعلى رواية كتاب القسمة يجوز. فتح.

(٥) وهي الرِّوايةُ المُجيزةُ لِبَيعِ حقِّ المرور.

ومَنْ باعَ جارِيةً، فإذا هو غُلامٌ، فلا بَيعَ بينهما. ....

أمَّا المَسيلُ على السَّطحِ فهو نظيرُ حقِّ التَّعلِّي[١]، وعلى الأرض[٢] مجهولٌ لِجَهالةِ مَحلِّه.

ووجهُ الفرقِ بينَ حقِّ المُرورِ وحقِّ التَّعلي على إحدى الرِّوايتين[٣]: أنَّ حقَّ التَّعلِّي يتعلَّقُ بعينٍ لا تبقى، وهو البناءُ، فأشبَهَ المَنافِعَ، أمَّا حقُّ المُرورِ يتعلَّقُ بعَينٍ تبقى، وهو الأرض، فأشبَهَ الأعيان.

قال: (ومَنْ باعَ جارِيةً، فإذا هو غُلامٌ، فلا بَيعَ بينهما)، بخلافِ ما إذا باع كَبْشاً فإذا هو نعجةٌ، حيث يَنعقِدُ البيعُ ويَتخيَّرُ.

والفرقُ يَنبني على الأصلِ الذي ذكرناه في النِّكاح لِمُحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو أنَّ الإشارةَ مع التَّسميةِ إذا اجتَمَعَتا: ففي مُختلِفِي الجنسِ يتعلَّقُ العقدُ بالمُسمَّى، ويَبطُلُ لانعدامه، وفي مُتَّحدي الجِنس يَتعلَّق بالمُشارِ إليه، ويَنعقِد لِوُجودِهِ، ويَتخيَّرُ لِفَواتِ الوَصفِ، كمَنِ اشترى عبداً على أنَّه خبَّازٌ فإذا هو كاتب، وفي مسألتنا الذَّكرُ والأنثى من بني آدم جنسانِ لِلتَّفاوت في الأغراض[٤]، وفي الحيوانات جنسٌ واحدٌ لِلتَّقارُب فيها[٥]، وهو[٦] المُعتبَرُ في هذا دونَ الأصلِ، كالخَلِّ والدِّبْس جِنسان.

---

(١) لا يجوز باتِّفاق الرِّوايات، ومرَّ وجهُ فسادِهِ، وهو أنَّه ليس حقّاً مُتعلِّقاً بما هو مالٌ، بل بالهواء. فتح انظر تمامه.

(٢) وهو أن يسيل الماءُ عن أرضِهِ كي لا يُفسِدَها، فيُمِرَّه على أرضٍ لِغَيرِهِ، فهو مجهولٌ لِجهالَةِ مَحلِّهِ الذي يأخذه الماء.

(٣) الفرقِ بينَ حقِّ المُرورِ على روايةِ جَوازِهِ، وحقِّ التَّعلِّي حيث لا يجوزُ روايةً واحدةً.

(٤) فالغلامُ يَصلُح للخدمة خارجَ البيتِ، كالتِّجارة والزِّراعة وغيرهما، والجاريةُ للخدمة داخلَ البيتِ، كالاستفراش والاستيلاد اللَّذين لم يَصلُح لهما الغلامُ بالكُلِّيَّة.

(٥) أي: فالكبشُ والنَّعجةُ جنسٌ واحدٌ لأنَّ الغرضَ الكلِّيَّ من الحيوانات الأكلُ والرُّكوبُ والحملُ، والذَّكرُ والأنثى في ذلك سواءٌ.

(٦) أي: تفاوتُ الأغراض هو المُعتبر في بيان اتِّحاد الجنس واختلافه، لا الأصلُ، فالخلُّ والدِّبس مثلاً جنسان - مع اتِّحاد أصلِهما - لِعِظَم التَّفاوت بينهما.

وَمَنِ اشتَرَى جاريةً بألفِ دِرْهَم حالَّةً أو نَسِيئةً، فَقَبَضَها ثمَّ باعَها مِنَ البائعِ بِخَمسمائةٍ قَبْلَ أن يَنقُدَ الثَّمَنَ الأوَّلَ، لا يَجوزُ البيعُ الثَّاني. ....

والوِذاري والزَّندنيجي[1] على ما قالوا جنسانِ مع اتِّحادِ أصلِهما.

قال: (وَمَنِ اشتَرَى جاريةً بألفِ دِرْهَم حالَّةً أو نَسِيئةً، فَقَبَضَها ثمَّ باعَها مِنَ البائعِ بِخَمسمائةٍ قَبْلَ أن يَنقُدَ الثَّمَنَ الأوَّلَ، لا يَجوزُ البيعُ الثَّاني).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]: يجوزُ؛ لأنَّ المِلكَ قد تمَّ فيها بالقَبضِ، فصار البيعُ مِنَ البائعِ ومن غيرِهِ سواءً، وصار كما لو باعَ بمثلِ الثَّمنِ الأوَّلِ أو بالزِّيادةِ أو بالعَرْضِ.

ولنا: قولُ عائشةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا لتلكَ المرأةِ - وقد باعتْ بِسُتمائةٍ بعدما اشترَت بثمانمائة -: «بِئسما شَرَيتِ واشتَرَيتِ، أبلِغِي زيدَ بنَ أرقَمَ أنَّ الله تعالى أبطَلَ حَجَّهُ وجِهادَهُ مع رَسُولِ الله ﷺ إنْ لم يَتُبْ[3]»[4]؛ ولأنَّ الثَّمنَ لم يدخلْ في

---

(١) ثوبان، الأوَّل منسوب إلى «وِذار» قرية بسمرقند، والثاني منسوب إلى «زندنة» قرية ببخارى.

(٢) قال الرافعي في الشرح الكبير (٨/ ٢٣١) دار الفكر: ليس من المناهي بيعُ العِينَة، وهو: أن يبيعَ شيئاً من غيرِهِ بثمنٍ مؤجَّلٍ ويُسلِّمَه إلى المشتري ثمَّ يشتريه قبلَ قبضِهِ للثَّمنِ بأقلَّ من ذلك نقداً، وكذا يجوزُ أن يبيعَ بثمنٍ نقداً ويشتري بأكثرَ منه إلى أجلٍ، سواء قبَضَ الثَّمنَ الأوَّل أو لم يقبضه. اهـ.

(٣) أخرج عبد الرزاق في البيوع، باب: الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد (١٤٨١٢) عن أبي إسحاق عن امرأتِهِ أنَّها دخلت على عائشةَ في نِسوةٍ، فسألَتْها امرأةٌ فقالت: يا أمَّ المؤمنين كانت لي جاريةٌ فَبِعتُها من زيد بن أرقم بثمانِ مئةٍ إلى أجلٍ، ثمَّ اشتريتُها منه بستِّ مئةٍ، فنقدتُهُ السِّتَّ مئة وكتبتُ عليه ثمانِ مئةٍ، فقالت عائشةُ: بئسَ واللهِ ما اشتريتِ وبئسَ والله ما اشترى، أخبري زيدَ بنَ أرقم أنَّه قد أبطَلَ جِهادَهُ مع رسولِ الله ﷺ إلَّا أن يتوبَ، فقالت المرأة لعائشة: أرأيتِ إن أخذتُ رأسَ مالي ورددتُ عليه الفضلَ، قالت: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ ...﴾ [البَقَرَة: ٢٧٥] الآية، أو قالت: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٧٩] الآية.

(٤) وجهُ الاستدلال: أنَّها جَعَلتْ جزاءَ مباشرةِ هذا العقدِ بُطلانَ الحَجِّ والجهادِ مع رسول الله ﷺ، وأجزيةُ الأفعالِ لا تُعلَم بالرَّأي، فكان مَسموعاً من رسول الله ﷺ، والعقدُ الصَّحيحُ لا يُجازَى بذلك، فكان فاسداً، وأنَّ زيداً اعتذَر إليها، وهو دليلٌ على كونه مسموعاً لأنَّ في المُجتَهَدات =

وَمَنِ اشترى جاريةً بِخَمسمائةٍ، ثمَّ باعَهَا وأُخرَى مَعَها مِنَ البائعِ قبلَ أنْ يَنقُدَ الثَّمَنَ بِخَمسمائةٍ، فالبَيعُ جائزٌ في التي لم يَشْتَرِها من البائعِ، ويَبطُلُ في الأخرى. ......

ضمانِهِ[١]، فإذا وَصَلَ إليه المَبيعُ ووَقَعَتِ المُقاصَّةُ[٢] بَقِي له فَضلُ خمسمائةٍ، وذلك بلا عِوَض[٣]، بخلافِ ما إذا باع بالعَرَضِ[٤]؛ لأنَّ الفَضْلَ إنَّما يَظهَرُ عند المُجانسةِ[٥].

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً بِخَمسمائةٍ، ثمَّ باعَهَا وأُخرَى مَعَها مِنَ البائعِ قبلَ أنْ يَنقُدَ الثَّمَنَ بِخَمسمائةٍ، فالبَيعُ جائزٌ في التي لم يَشْتَرِها من البائعِ، ويَبطُلُ في الأخرى)؛ لأنَّه لا بدَّ أن يُجعَلَ بعضُ الثَّمنِ بِمُقابَلَةِ التي لم يَشتَرِها منه، فيكون[٦] مُشتَرِياً للأخرى بأقَلَّ مِمَّا باعَ، وهو فاسدٌ عندنا، ولم يوجدْ هذا المعنى في صاحبَتِها[٧]، ولا يَشيعُ الفسادُ؛ لأنَّه ضعيفٌ فيها؛ لكونِهِ مُجتَهَداً فيه[٨]، أو لأنَّه باعتبارِ شُبهةِ الرِّبا[٩]، ....

= كان بعضُهُم يُخالِفُ بعضاً، وما كان أحَدُهما يَعتذِرُ إلى صاحبه. انظر تمامه عناية.

(١) أي: في ضمان البائع، وذلك لأنَّ الثَّمن لا يدخل في الضَّمان إلَّا بالقبض.

(٢) أي: وقعت المقابلة بين الثَّمن في البيع الأوَّل، وبين الثَّمن في البيع الثاني، فتُقابَل خمسمائة بخمسمائة.

(٣) أي: سَلِم له رأسُ مالِهِ كاملاً وحَصَل له ربحُ خمسمائة بلا عِوَض، قال في الفتح: ونهى رسولُ الله ﷺ عن رِبْح ما لم يُضمَن.

(٤) أي: بجنسٍ آخر غيرِ الثَّمن.

(٥) أي: لأنَّ الفضلَ المنهيَ عنه لا يظهر عند اختلاف الجنس.

(٦) أي: البائعُ الأوَّل.

(٧) فيجوزُ البيعُ فيها لِعَدَم المُفسِد.

(٨) فهو جائزٌ عند الشَّافعيِّ كما مرَّ معك في المسألة السَّابقة.

(٩) وذلك من حيث إنَّه يعودُ إليه كلُّ رأس ماله مع زيادة ليس بإزائها ضمانٌ وعِوَضٌ، وشبهةُ الرِّبا كحقيقته، فلو اعتبرنا تلك الشُّبهةَ في الجارية التي ضُمَّت إلى المشتراة، لكنَّا قد اعتبرنا شبهةَ الشُّبهة، وذلك لا يجوز. كفاية.

وَمَنِ اشْتَرَى زَيتاً في ظَرْفٍ على أنْ يَزِنَهُ بِظَرفِهِ، فَيَطرَحُ عنه مَكانَ كلِّ ظَرفٍ خَمسينَ رِطلاً، فهو فاسِدٌ، ولوِ اشترى على أنْ يَطْرَحَ عنه بِوَزنِ الظَّرفِ جاز. وَمَنِ اشتَرَى سَمْناً في زِقٍّ، فَرَدَّ الظَّرْفَ وهو عَشرَةُ أرطالٍ. [فقال البائع: «الزِّقُّ غيرُ هذا» وهو خمسةُ أرطال، فالقَولُ قَولُ المشتري]. ....

أو لأنَّه طارئٌ[1]؛ لأنَّه يَظهَرُ بانقسام الثَّمَنِ أو المُقاصَّةِ، فلا يسري إلى غيرها.

قال: (وَمَنِ اشْتَرَى زَيتاً في ظَرْفٍ على أنْ يَزِنَهُ بِظَرفِهِ، فَيَطرَحُ عنه مَكانَ كلِّ ظَرفٍ خَمسينَ رِطلاً، فهو فاسِدٌ، ولوِ اشترى على أنْ يَطْرَحَ عنه بِوَزنِ الظَّرفِ جاز)؛ لأنَّ الشَّرطَ الأوَّل لا يقتضيه العقدُ[2]، والثاني يَقتضيه[3].

قال: (وَمَنِ اشتَرَى سَمْناً في زِقٍّ[4]، فَرَدَّ الظَّرْفَ وهو عَشرَةُ أرطالٍ، فقال البائع: «الزِّقُّ غيرُ هذا» وهو خمسةُ أرطال[5]، فالقَولُ قَولُ المشتري) ....

(١) أي: أنَّ الفسادَ في الأوَّل طارئٌ غير مقارن، وله وجهان:
الأول: أنَّهما لم يَذكُرا في العقدِ ما يُوجِبُ فسادَهُ، فإنَّه قابَلَ الثَّمنَ بالجاريتين، وهذه المقابَلَةُ صحيحةٌ، ولكن بعد ذلك يوزَّعُ الثَّمنُ على قيمتهما، فيصيرُ البعضُ بإزاءِ ما لم يُبَعْ، فحينئذٍ يَفسُدُ البيعُ فيما باعَهُ. وهذا فسادٌ طَرَأَ الآن؛ لأنَّ الانقسامَ بعد وُجوبِ الثَّمنِ، أي: بعد وُجوبِ الثَّمنِ على البائعِ بالعقدِ الثَّاني، فلا يَتعدَّى إلى الأخرى.
الثاني: بسبب المقاصَّةِ، فإنَّ المقاصَّةَ تقع بين الثَّمنِ الأوَّلِ والثَّمنِ الثاني، فيبقى من الثَّمنِ الأوَّلِ فضلٌ بلا عِوَض، وذلك لأنَّ البائع الأوَّلَ لَمَّا باعها بألفٍ ثمَّ اشتراها بخمسمائةٍ قبلَ النَّقدِ، فتَقاصَّا الخمسمائةَ بخمسمائةٍ مِثلِها، فيبقى للبائع من الثَّمنِ الأوَّل فضلُ خمسمائةٍ أخرى مع الجارية، والمُقاصَّةُ تقعُ عَقِبَ وُجوبِ الثَّمنِ على البائع بالعقدِ الثَّاني، فيفسُدُ عندها، فهو طارئٌ فلا يظهَرُ في الأخرى. فتح.

(٢) لأنَّ زِنةَ الظَّرفِ قد تكونُ أقلَّ من خمسين، فيكونُ البيعُ بِشَرطِ تَركِ المَبيعِ وهو نَفعٌ للمشتري، وقد تكون أكثَرَ منها فيكون البيعُ بِشَرطِ إعطاءِ الثَّمنِ لا في مُقابَلَةِ مَبيعٍ، وفيه نفعٌ للبائع. فتح.

(٣) لأنَّه يتضمَّنُ شَرْطَ أن يَتعرَّف قَدْرَ المَبيعِ من غيرِهِ لِيُخَصَّ بالثَّمن.

(٤) وعاءٌ من جلدٍ تُوضَعُ فيه السَّوائل.

(٥) صورة المسألة كما هي في الجامع الصَّغير: رجلٌ اشترى من رجلٍ السَّمْنَ الذي في هذا الزِّقِّ، كلَّ =

وإذا أمَرَ المُسلِمُ نَصرانيّاً بِبَيعِ خَمرٍ أو شِرائِها، فَفَعَلَ جازَ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَجوزُ على المُسلِمِ. ....

لأنّه[1] إنِ اعتُبِر اختلافاً في تَعيينِ الزِّقِّ المَقبوضِ، فالقَولُ قَولُ القابِضِ ضَمِيناً كان أو أميناً[2]، وإن اعتُبِر اختلافاً في السَّمنِ فهو في الحقيقةِ اختلافٌ في الثَّمنِ، فيكون القولُ قولَ المشتري؛ لأنّه يُنكِر الزِّيادةَ[3].

قال: (وإذا أمَرَ المُسلِمُ نَصرانيّاً بِبَيعِ خَمرٍ أو شِرائِها، فَفَعَلَ جازَ عند أبي حنيفة[4]، وقالا: لا يَجوزُ على المُسلِمِ[5])، وعلى هذا الخلافِ الخِنزيرُ، وعلى هذا تَوكيلُ المُحرِمِ غَيرَهُ بِبَيعِ صَيدِهِ.

لهما: أنَّ المُوكِّل لا يَلِيهِ [بنفسه][6]، فلا يُوَلِّيهِ غَيرَهُ؛ ولأنَّ ما يَثبُتُ للوكيلِ يَنتقِلُ إلى المُوكِّلِ، فصارَ كأنَّه باشَرَهُ بنفسِهِ، فلا يجوزُ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ العاقدَ هو الوكيلُ بأهليَّتِهِ وولايتِهِ[7]، وانتقالُ المِلْكِ

= رطلٍ بدرهم، فوَزَنَه له بزِقِّه، فبلَغَ مائةً، وقبَضَهَ المُشتري فقال: «وجدتُ السَّمنَ تسعينَ رطلاً، والزِّقُّ هذا وَزنُهُ خمسةُ أرطال» فالقولُ قولُ المُشتري مع يَمينِهِ، إلَّا أن يقيم البائعُ البيِّنَةَ. فتح.

(١) أي: هذا الاختلاف.

(٢) قوله: «ضَمِيناً كان» كالغاصب «أو أميناً» كالمُودَع.

(٣) والقَولُ قولُ المُنكِرِ مع يمينه.

(٤) أي: صح هذا التوكيل، لذا يدخلُ الخمرُ والخنزيرُ في مِلْك المُسلمِ المُوكِّل، فيجبُ أن يُخلِّلَ الخمرَ أو يُريقَها ويُسيِّبَ الخِنزيرَ. هذا في الشِّراء، وفيما إذا كان التَّوكيلُ بالبيعِ، بأن كان في مِلْكِ المُسلِمِ خَمرٌ أو خِنزيرٌ. وصورَتُهُ: أن يكون كافراً فَيُسلِمُ عليهما ويَموتُ قبلَ أن يُزيلَها، وله وارثٌ مُسلِمٌ، فَيَرِثُهُما، فَيُوكِّلُ كافراً بِبَيعِهِما، فعليه أن يتصَدَّقَ بِثَمنِهِما لِتَمكُّنِ الخُبثِ فيه. فتح بتصرف.

(٥) أي: لا يصحُّ هذا التَّوكيل، وبالتالي هذا العقد لا يصح على المسلم الموكِّل، وعليه فلا يدخل شيءٌ في مِلكِه.

(٦) زيادة من (أ).

(٧) حتَّى لا يَلزَمُه أن يُضيفَ العقدَ إلى مُوكِّلِهِ، وتَرجِعُ حقوقُ العقدِ إليه، حتَّى يُطالَبُ بالثَّمن ويُرَدُّ بالعيب عليه، وهو أهلٌ لبيعِ الخمرِ وشرائها شرعاً، فلا مانع شرعاً من تَوكُّلِهِ.

ومَنْ باعَ عبداً على أنْ يُعتِقَهُ المُشتَرِي، أو يُدَبِّرَهُ، أو يُكاتِبَهُ، أو أمَةً على أن يَسْتَوِلِدَها، فالبيعُ فاسِدٌ. ....

إلى الآمِرِ أمرٌ حُكميٌّ[1]، فلا يَمتنِعُ بسببِ الإسلامِ كما إذا وَرِثَهُما[2]، ثمَّ إن كان خمراً يُخلِّلُها، وإن كان خنزيراً يُسيِّبُهُ[3].

مطلب في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط

قال: (ومَنْ باعَ عبداً على أنْ يُعتِقَهُ المُشتَرِي، أو يُدَبِّرَهُ، أو يُكاتِبَهُ، أو أمَةً على أن يَسْتَوِلِدَها، فالبيعُ فاسِدٌ)؛ لأنَّ هذا بيعٌ وشَرْطٌ، وقد نَهَى النَّبيُّ ﷺ عن بَيعٍ وشَرطٍ[4].

---

(١) هذا جواب عن قولهما: «ما يَثبُتُ للوكيلِ يَنتقِلُ إلى المُوكِّلِ»، بيانه: أنَّ انتقالَ الملكِ للآمر - وهو الموكِّل - حكميٌّ، يعني: جبريٌّ لا اختياريٌّ، فلذلك لم يُجعَل كالمباشِرِ بنفسه.

(٢) أي: كما إذا ورث المسلمُ الخمرَ والخنزيرَ، بأن كان أبوه نصرانيّاً أسلَمَ وترك خمراً، فصار كمسلمٍ له عبدٌ نصرانيٌّ مأذونٌ أو مكاتَبٌ اشترى خمراً، صحَّ، وثبت الملكُ للمولى بالاتِّفاق. بناية، انظر تمامه.

(٣) في فتح القدير: روي عن أبي حنيفة أنَّ هذه الوَكالةَ تُكرَهُ أشَدَّ ما يكون من الكراهة، وهي ليس إلا كراهةُ التَّحريم، فأيُّ فائدةٍ في الصِّحَّة.

(٤) أخرج الطبراني في الأوسط (٤/ ٣٣٥) (٤٣٦١) عن عبد الوارث بن سعيد قال: قَدِمتُ مكَّةَ فوجدتُ بها أبا حنيفة وابنَ أبي ليلى وابنَ شبرمة، فسألتُ أبا حنيفةَ قلت: ما تقولُ في رجلٍ باعَ بيعاً وشَرَطَ شرطاً؟ قال: البيعُ باطلٌ والشَّرطُ باطلٌ. ثمَّ أتيتُ ابنَ أبي ليلى فسألتُهُ فقال: البيعُ جائزٌ والشَّرط باطلٌ، ثمَّ أتيت ابنَ شبرمة فسألته فقال: البيعُ جائزٌ والشَّرطُ جائزٌ. فقلت: يا سبحانَ اللهِ ثلاثةٌ من فقهاءِ العراقِ اختلفتم علَيَّ في مسألةٍ واحدةٍ.
فأتيتُ أبا حنيفةَ فأخبرتُهُ فقال: لا أدري ما قالا، حدَّثني عَمرو بنُ شُعيب عن أبيه عن جدِّه عن النبيِّ ﷺ أنَّه نهى عن بيعٍ وشرطٍ، البيعُ باطلٌ والشَّرطُ باطل.
ثمَّ أتيتُ ابن أبي ليلى فأخبرتُهُ فقال: لا أدري ما قالا، حدَّثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشةَ قالت: أمرني رسول الله ﷺ أن اشتريَ بريرةَ فأعتِقُها، البيعُ جائزٌ والشَّرطُ باطلٌ.

ثُمَّ جملةُ المَذهبِ فيه[1] أن يقال: كلُّ شَرطٍ يَقتضِيهِ العَقدُ[2]، كَشَرْطِ المِلْكِ للمشتري، لا يُفسِدُ العقدَ؛ لِثُبوتِهِ بدونِ الشَّرطِ.

وكُلُّ شَرطٍ لا يَقتضِيهِ العَقدُ، وفيه مَنفَعَةٌ لأحدِ المُتعاقِدَينِ[3] أو لِلمَعقودِ عليه وهو[4] مِنْ أهلِ الاستحقاقِ[5]، يُفسِدُهُ، كشَرطِ أن لا يَبِيعَ المُشترِي العبدَ المَبيعَ[6]؛ لأنَّ فيه زيادةً عارِيةً عن العِوَضِ فيُؤدِّي إلى الرِّبا، أو لأنَّه يَقَعُ بِسَببِهِ المُنازَعةُ، فَيَعرى العَقدُ عن مَقصُودِهِ[7]، إلا أنْ يكونَ مُتعارَفاً[8]؛ لأنَّ العُرفَ قاضٍ على القِياس[9].

ولو كان لا يَقتضيهِ العقدُ، ولا مَنفَعَةَ فيه لأحدٍ، لا يُفسِدُهُ، وهو الظَّاهرُ من المَذهبِ، كشَرْطِ أن لا يَبِيعَ المُشتري الدَّابَّةَ المَبِيعةَ، لأنَّه انعدمتِ المُطالبَةُ[10] فلا يُؤدِّي إلى الرِّبا، ولا إلى المنازَعةِ.

= ثمَّ أتيتُ ابن شبرمة فأخبرتُهُ فقال: ما أدري ما قالا، حدَّثني مِسعرُ بنُ كُدام عن مُحارِب بنِ دِثار عن جابرِ بنِ عبد الله قال: بِعتُ النَّبيَّ ﷺ ناقةً وشَرَطَ لي حملانَهُ إلى المدينة، البيعُ جائزٌ والشَّرط جائزٌ.

(1) أي: في الشَّرط.

(2) أي: يجب فيه بدون شرط.

(3) كأن يشتري حنطةً على أن يطحنها البائعُ، أو ثوباً على أن يخيطَهُ البائعُ، أو عبداً على أن يخدُمَ البائعَ شهراً، أو داراً على أن يسكُنَ البائع فيها شهراً.

(4) أي: المعقود عليه.

(5) أي: من أهل أن يستحقَّ حقَّاً على الغير.

(6) لأنَّه يُعجِبُه أن لا تتداوله الأيدي، وكذا على أن لا يُخرِجَه من مكَّة مثلاً. فتح.

(7) وهو التَّمليكُ والتَّملُّك، وقيل: المقصودُ من العقدِ قطعُ المنازعةِ.

(8) أي: إلا أن يكونَ الشَّرطُ متعارَفاً بين الناس، كما لو اشترى داراً بشرط أن تكون نظيفةً.

(9) وذلك لأنَّ العرفَ ثابتٌ بدليل شرعيٍّ، وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمونَ حسناً فهو عند اللهِ حسَنٌ»، فيكون راجحاً على القياس. بناية انظر تتمته.

(10) أي: المعقود عليه هنا ليس من أهل الاستحقاق، وبالتالي انعدمت المطالبةُ منه.

إذا ثَبَتَ هذا فنقول: إنَّ هذه الشُّروطَ[١] لا يقتضيها العقدُ؛ لأنَّ قَضيَّتَهُ الإطلاقُ في التَّصرُّفِ والتَّخييرِ، لا الإلزامُ حَتماً، والشَّرطُ يَقتضي ذلك[٢]، وفيه مَنفَعَةٌ للمعقود عليه.

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وإن كان يُخالِفُنا في العِتْقِ[٣] ويَقيسُهُ على بَيعِ العَبدِ نسَمَةً[٤]، فالحجَّةُ عليه ما ذكرناه[٥]، وتفسيرُ البَيعِ نسَمَةً: أن يُباعَ مِمَّن يعلَمُ أنَّه يُعتِقُه، لا أنْ يَشتَرِط فيه.

فلو أعتَقَهُ المشتري بعدَما اشتراه بِشَرطِ العِتْقِ صَحَّ البيعُ، حتَّى يجبُ عليه الثَّمنُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ. وقالا: يبقى فاسداً، حتَّى يجبُ عليه القيمةُ؛ لأنَّ البيعَ قد وقعَ فاسداً، فلا يَنقلِبُ جائزاً، كما إذا تَلِفَ بوجهٍ آخَرَ[٦].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ شَرْطَ العتقِ من حيثُ ذاتُهُ لا يُلائِمُ العقدَ على ما ذكرناه[٧]، ولكن من حيثُ حُكمُهُ[٨] يُلائِمُهُ؛ لأنَّه[٩] مُنهٍ لِلمِلْك، والشَّيءُ

---

(١) أي: الإعتاق والتَّدبير والكتابة والاستيلاد.

(٢) أي: يقتضي الإلزام.

(٣) أي: يخالفنا في شَرطِ العتق في أحد قوليه فَيُصحِّحُه. عناية.

(٤) و«نسمة» منصوبٌ على الحال، بمعنى معرَّضاً للعتق، وعبَّر بالنَّسمة عنه لكثرةِ ذِكرِها فيما إذا أُعتِقَت، فَصُيِّرت كالاسم لِما تعَرَّض للعتق، فَعُومِلَت معاملةَ الأسماء المُتضمِّنة لِمَعنى الفعل. فتح بتصرف ولبيان حكم العبد بشرط العتق عند الشافعي، قال النووي في الروضة (٣/ ٦٩) الكتب العلمية: في بيع الرَّقيق بشرطِ العتقِ ثلاثةُ أقوال، المشهور: أنه يصحُّ العقدُ والشَّرط، والثاني: يبطلان، والثالث: يصحُّ البيعُ ويبطُلُ الشَّرط.
انظر تتمَّتَهُ.

(٥) من أنَّه ﷺ نهى عن بيع وشرطٍ.

(٦) من موتٍ أو قَتلٍ أو بَيعٍ أو هبةٍ.

(٧) يعني: قوله: «لأنَّ قضيَّةَ العقدِ الإطلاقُ في التَّصرُّفِ والتَّخيير ...».

(٨) وهو ثبوتُ الحريَّة. فتح.

(٩) أي: العتق.

وكذلكَ لو باعَ عبداً على أنْ يَستَخدَمَهُ البائعُ شَهْراً، أو داراً على أنْ يَسكُنَها، أو على أن يُقرِضَهُ المُشترِي دِرهماً، أو على أنْ يَهدِي له هَدِيَّةً. ....

بانتهائه يَتقرَّرُ[1]، ولهذا لا يَمنَعُ العِتقُ الرُّجوعَ بِنُقصانِ العَيبِ، فإذا تَلِفَ من وجهٍ آخرَ لم تتحقَّقِ المُلاءمةُ، فيتَقَرَّرُ الفسادُ[2]، وإذا وُجِدَ العِتقُ تَحقَّقتِ المُلاءَمةُ، فيُرجَّحُ جانبُ الجوازِ، فكان الحالُ قبلَ ذلك مَوقُوفاً[3].

قال: (وكذلكَ لو باعَ عبداً على أنْ يَستَخدِمَهُ البائعُ شَهْراً، أو داراً على أنْ يَسكُنَها، أو على أن يُقرِضَهُ المُشترِي دِرهماً، أو على أنْ يَهدِي له هَدِيَّةً)؛ لأنَّه شَرْطٌ لا يقتضيه العقدُ وفيه مَنفَعَةٌ لأحدِ المُتعاقِدَينِ؛ ولأنَّه ﷺ نهى عن بيعٍ وسَلَفٍ[4]؛ ولأنَّه لو كان الخِدمةُ والسُّكنى يُقابِلُهما شيءٌ مِنَ الثَّمنِ، يكون إجارةً في بَيعٍ، ولو كان لا يُقابِلُهما يكونُ إعارةً في بَيعٍ، وقد نَهَى النَّبيُّ ﷺ عن صَفْقَتَينِ في صَفقةٍ[5].

---

(١) وعليه يكون العتقُ مقرِّراً للملك ومتمِّماً له، والفاسدُ لا تقرُّرَ له، فكان صحيحاً.

(٢) أي: لأنَّه لا يصيرُ به - أي: بالتلف من وجه آخر غير العتق - هذا الشَّرطُ مُلائِماً للعقد، فيبقى على مُجرَّدِ جهتِهِ المُفسِدَةِ. فتح بتصرف.

(٣) أي: كان حالُ العقدِ قبل الإعتاقِ، موقوفاً بين بقائه فاسداً أو انقلابِهِ جائزاً بالإعتاق، فلمَّا وُجِد الإعتاقُ ترجَّحَ جانب الجوازِ، فانقلب جائزاً.

(٤) أخرج أحمد (٢/ ١٧٨) (٦٦٧١)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٢٣٤)، والنسائي في الصغرى في البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع (٤٦١١)، وأبو داود في الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤) عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَحِلُّ سَلَفٌ وبيعٌ، ولا شَرطانِ في بيعٍ، ولا رِبحُ ما لم تَضمَنْ، ولا بيعُ ما ليس عندك».

(٥) أخرج أحمد (١/ ٣٩٨) (٣٧٨٢) عن ابن مسعود قال: نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة.

وأخرج أيضا (٢/ ٤٣٢) (٩٥٨٢)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (١٢٣١) عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة.

وَمَنْ باعَ عيناً على أنْ لا يُسلِّمَهُ إلى رأسِ الشَّهرِ، فالبيعُ فاسدٌ. وَمَنِ اشترى جاريةً إلَّا حَمْلَها فالبيعُ فاسِدٌ. ....

قال: (وَمَنْ باعَ عيناً على أنْ لا يُسلِّمَهُ إلى رأسِ الشَّهرِ، فالبيعُ فاسدٌ)؛ لأنَّ الأجلَ في المَبيعِ العَينِ باطلٌ، فيكونُ شرطاً فاسداً، وهذا[١] لأنَّ الأجلَ شُرِعَ ترفيهاً، فَيَليقُ بالدُّيونِ دونَ الأعيانِ.

قال: (وَمَنِ اشترى جاريةً إلَّا حَمْلَها فالبيعُ فاسِدٌ)، والأصلُ: أنَّ ما لا يصحُّ إفرادُهُ بالعقدِ، لا يصحُّ استثناؤه من العقدِ، والحَملُ من هذا القبيلِ، وهذا[٢] لأنَّه بمنزلةِ أطرافِ الحَيوانِ؛ لاتِّصالِهِ به خِلقةً، وبيعُ الأصلِ يَتناوَلُهُما، فالاستثناءُ يكونُ على خلافِ المُوجَبِ[٣]، فلا يصحُّ، فيصيرُ شرطاً فاسداً، والبيعُ يبطُلُ به.

والكتابةُ والإجارةُ والرَّهنُ بمنزلةِ البيعِ؛ لأنَّها تبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ، غيرَ أنَّ المُفسِدَ في الكتابةِ ما يَتمَكَّنُ في صُلبِ العَقدِ منها[٤].

والهبةُ والصَّدقةُ والنِّكاحُ والخُلعُ والصُّلحُ عن دمِ العمدِ، لا تَبطُلُ باستثناءِ الحَملِ، بل يبطُلُ الاستثناءُ[٥]؛ لأنَّ هذه العقودَ لا تَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ.

---

(١) أي: بطلانُ الأجل في المبيع المعيَّن.

(٢) أي: وكونُ الحملِ ممَّا لا يصحُّ إفرادُه بالعقد. فتح.

(٣) أي: على خلاف موجَبِ العقد.

(٤) معناه: أنَّ الشَّرطَ الفاسدَ في الكتابة، إنَّما يكون مُفسِداً لها إذا كان مُتمكِّناً في صُلْب العقد منها، كالكتابة على الخمر والخنزيرِ أو على قيمته، حيث دخَلَ الشرطُ المفسدُ في البدل.
وأمَّا إذا لم يكن في صُلبِه، كما إذا شَرَط على المكاتَبِ أن لا يَخرجُ من الكوفة، فله أن يَخرجَ والعقدُ صحيحٌ. انظر تمامه في العناية.

(٥) فلو قال: وهبتُكَ، أو تصدَّقتُ عليك بهذه الجاريةِ إلَّا حَمْلَها، أو تزوَّجتُ على هذه الجارية، أو اخلعني عليها إلَّا حَمْلَها، أو اِجعَلْها بدَلَ الصُّلحِ إلَّا حَمْلَها، صحَّت هذه التَّصرُّفاتِ وبطلَ الاستثناءُ ويدخُلُ الحملُ. فتح.

وَمَنِ اشترى ثوباً على أنْ يَقطَعَهُ البائعُ ويَخيطَهُ قَمِيصاً أو قَباءً، فالبيعُ فاسدٌ.
وَمَنِ اشترى نَعْلاً على أنْ يَحْذُوَهُ البائعُ، أو يُشَرِّكَهُ، فالبيعُ فاسدٌ. ....

وكذا الوصيَّةُ لا تبطُلُ به، لكن يصحُّ الاستثناءُ حتَّى يكونُ الحملُ ميراثاً والجاريةُ وصيَّةً؛ لأنَّ الوصيَّةَ أختُ الميراثِ، والميراثُ يَجري فيما في البَطنِ، بخلاف ما إذا استثنى خِدمَتَها[١]؛ لأنَّ الميراثَ لا يجري فيها[٢].

قال: (وَمَنِ اشترى ثوباً على أنْ يَقطَعَهُ البائعُ ويَخيطَهُ قَمِيصاً أو قَباءً، فالبيعُ فاسدٌ)؛ لأنَّه شرطٌ لا يقتضيهِ العقدُ وفيه منفعَةٌ لأحد المُتعاقِدَينِ؛ ولأنَّه يصيرُ صفقةً في صفقةٍ[٣] على ما مرَّ.

(وَمَنِ اشترى نَعْلاً على أنْ يَحْذُوَهُ البائعُ[٤]، أو يُشَرِّكَهُ[٥]، فالبيعُ فاسدٌ).

قال ﵁: ما ذَكَره جوابُ القياس، ووجهُهُ ما بيَّنَّا[٦]، وفي الاستحسان: يجوزُ للتَّعامُلِ فيه، فصار كصَبغِ الثَّوبِ، ولِلتَّعامُلِ جَوَّزنا الاستصناعَ[٧].

---

(١) بأن أوصى بجارية إلَّا خِدمَتَها، أو إلَّا غَلَّتَها حيث لا يصحُّ الاستثناءُ.

(٢) أي: في الخدمة والغَلَّة بانفرادها، حتَّى لو أوصى بخدمةِ الجاريةِ أو غَلَّتِها لفلانٍ، فمات فلانٌ بعدَ صحَّةِ الوصيَّةِ لا تَرثُ ورثتُهُ خِدمَتَها ولا غَلَّتَها، بل يعودُ إلى ورثةِ الموصي، بخلاف ما لو أوصى بحَملِ جاريته لآخَرَ، حيثُ يصحُّ ويكونُ حَملُها له. فتح.

(٣) أي: عقد ضمن عقد، يعيني هنا: إجارةٌ في بيع.

(٤) المرادُ: اشترى أديماً على أن يجعله البائعُ نَعلاً له، فأطلَقَ عليه اسمَ النَّعلِ باعتبار أَوْلِهِ. ويمكنُ أن يراد حقيقتُهُ، أي: نَعْلَ رجلٍ واحدةٍ على أن يَحذُوَها، أي: أن يجعَلَ معها مِثالاً آخَرَ لِيتُمَّ نَعلاً للرِّجلين، ومنه حَذَوتُ النَّعلَ بالنَّعلِ، أي: قدَّرتُهُ بمثال قطَعتُه، ويدلُّ عليه قوله: «أو يُشرِّكُه» فجعَلَه مُقابِلاً لقوله: «نَعلاً»، ولا معنى لأن يشتري أديماً على أن يجعَلَ له شِراكاً، فلا بدَّ أن يُراد حقيقَةُ النَّعل. فتح.

(٥) أي: يضعُ عليه الشِّراكَ، وهو السير.

(٦) من أنَّه شرطٌ لا يقتضيه العقدُ وفيه نفعٌ لأحد المتعاقدين.

(٧) أي: مع أنَّه بيعُ المعدوم.

والبيعُ إلى النَّيروزِ والمَهرجانِ وصَومِ النَّصارى وفِطْرِ اليهودِ، إذا لم يَعرفِ المُتبايعانِ ذلك، فاسِدٌ. ولا يَجوزُ البيعُ إلى قُدُومِ الحاجِّ. ....

قال: (والبيعُ إلى النَّيروزِ والمَهرجانِ وصَومِ النَّصارى وفِطْرِ اليهودِ، إذا لم يَعرفِ المُتبايعانِ ذلك، فاسِدٌ)؛ لِجَهالةِ الأجَلِ[١]، وهي مُفضيةٌ إلى المنازعةِ في البيعِ؛ لابتنائها[٢] على المُماكَسَةِ[٣]، إلَّا إذا كانا يَعرِفانهِ لِكَونهِ معلوماً عندهما، أو كان التَّأجيلُ إلى فِطْرِ النَّصارى بعدما شَرَعوا في صَومِهِم؛ لأنَّ مُدَّةَ صَومِهِم معلومةٌ بالأيَّام، فلا جَهالةَ فيه.[٤]

قال: (ولا يَجوزُ البيعُ إلى قُدُومِ الحاجِّ)، وكذلك إلى الحَصادِ والدِّياسِ[٥] والقِطافِ والجِزازِ[٦]؛ لأنَّها تتقدَّمُ وتتأخَّرُ.

ولو كَفَلَ إلى هذه الأوقاتَ جازَ[٧]؛ لأنَّ الجَهالةَ اليسيرةَ مُتحمَّلةٌ في الكفالةِ، وهذه الجهالةُ يسيرةٌ مُستدرَكَةٌ؛ لاختلافِ الصَّحابةِ ﷺ فيها[٨]، ولأنَّه معلومُ

---

(١) وعُرِف بهذا التَّعليل أنَّ المرادَ بالمُؤجَّل هنا هو الثَّمنُ لا المبيع؛ لأنَّ مُجرَّدَ تأجيلِ المَبيعِ مُفسِدٌ، ولو كان إلى أجلٍ معلومٍ.

(٢) أي: المقايضة أو الصَّفقة. وفي البناية: وما قيل: الضَّمير راجعٌ إلى المنازعة، فليس بشيء.

(٣) المماكسة: استنقاصُ الثَّمن، والمَكْسُ والمَكَّاس في معناه، وهو موجودٌ في البيع عادةً، وهو يُوجِب المنازعةَ، فكانت المنازعةُ ثابتةً في البيع لوجودِ مُوجِبِها في الجملة. فتح.

(٤) اعلم أنَّ كونَ التَّأجيل في الثَّمن يصحُّ إذا كان الأجلُ معلوماً هو في الثَّمن الدَّين، أمَّا لو كان ثمناً عيناً فيفسُدُ البيعُ بالأجل فيه؛ للمعنى المذكور عند قوله فيما تقدم: «ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشَّهر».

(٥) وهو دَوْسُ الحَبِّ بالقَدَم لِيَنقشِرَ، وأصله: «الدِّواس» بالواو؛ لأنَّه من الدَّوس، قُلِبت ياءً للكسر قبلها. فتح.

(٦) أي: جزُّ صوف الغنم. وذكر شمس الأئمة: أنَّ المرادَ به جزاز النَّخل. فتح.

(٧) أي: والكفالةُ إلى هذه الأوقات جائزة.

(٨) فإنَّ من الصَّحابة من أجازه كعائشة ﷺ أجازتِ البيعَ إلى العَطاء. وابنُ عبَّاس مَنَعَه، وبه أخذنا. فتح.

ولو باعَ إلى هذهِ الآجالِ، ثمَّ تَراضَيا بإسقاطِ الأجلِ قبلَ أنْ يأخُذَ النَّاسُ في الحَصادِ والدِّياس، وقبلَ قُدُومِ الحاجِّ، جازَ البيعُ أيضاً، ....

الأصلِ[(١)]، ألا ترى أنَّها تَحتمِلُ الجهالةَ في أصلِ الدَّينِ، بأن تُكفَلَ بما ذاب[(٢)] على فلانٍ، ففي الوَصفِ أولى، بخلافِ البيعِ فإنَّه لا يَحتمِلُها في أصلِ الثَّمَنِ، فكذا في وَصفِهِ.

بخلاف ما إذا باعَ مُطلَقاً[(٣)] ثمَّ أجَّلَ الثَّمنَ إلى هذه الأوقاتِ حيثُ جاز؛ لأنَّ هذا تأجيلٌ في الدَّينِ، وهذه الجَهالةُ فيه مُتَحَمَّلةٌ بمنزلةِ الكفالةِ، ولا كذلك اشتراطُهُ[(٤)] في أصلِ العَقدِ؛ لأنَّه يَبطُلُ بالشَّرطِ الفاسِدِ.

(ولو باعَ إلى هذهِ الآجالِ، ثمَّ تَراضَيا بإسقاطِ الأجلِ قبلَ أنْ يأخُذَ النَّاسُ في الحَصادِ والدِّياس، وقبلَ قُدُومِ الحاجِّ، جازَ البيعُ أيضاً). وقال زفر رحمه الله: لا يجوزُ[(٥)]؛ لأنَّه وَقَعَ فاسداً فلا يَنقلِبُ جائزاً، وصارَ كإسقاطِ الأجلِ في النِّكاحِ إلى أجلٍ[(٦)].

ولنا: أنَّ الفسادَ للمنازَعةِ، وقد ارتفَعَ قبلَ تقرُّرِهِ، وهذه الجَهالةُ[(٧)] في شرطٍ

---

(١) أي: ولأنَّ الدَّين في الكفالة معلومُ الأصل، وإنَّما المجهولُ وصفُهُ، وهو الأجل، والوصف تابعٌ للأصل، والجهالةُ في أصل الدَّين متحمَّلةٌ، ففي وَصفِه من باب أولى. بناية.

(٢) أي: بما وجب.

(٣) أي: بدون ذكر الأجل.

(٤) أي: التَّأجيل.

(٥) ولو مضتِ المدَّةُ قبلَ إبطالِ الأجل تأكَّد الفسادُ ولا ينقلبُ جائزاً إجماعاً، كما في اللباب عن الحقائق.

(٦) يعني: في النِّكاح المؤقَّت، هذا على أصلكم بأنَّ النِّكاح المؤقَّت غيرُ صحيح. أمَّا عند زُفَر فالنِّكاحُ المؤقَّتُ جائزٌ والشَّرطُ باطلٌ.

(٧) هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو: إن قيل: الجهالةُ تقرَّرتْ في ابتداءِ العقدِ، فلا يُفيد سُقُوطُها، كما إذا باع الدِّرهمَ بالدِّرهمين ثمَّ أسقطا الدِّرهمَ الزَّائد.

ومَنْ جَمَعَ بينَ حُرٍّ وعبدٍ، أو شاةٍ ذكيَّةٍ ومَيتةٍ بطَلَ البيعُ فيهما. وإنْ جمَعَ بينَ عبدٍ ومدبَّرٍ، أو بينَ عبدِهِ وعبدِ غَيرِهِ، صَحَّ البيعُ في العبدِ بحصَّتِهِ من الثَّمنِ.

زائدٍ[1] لا في صُلبِ العقدِ[2]، فَيُمكِن إسقاطُهُ، بخلاف ما إذا باع الدِّرهمَ بالدِّرهمين ثمَّ أسقطا الدِّرهمَ الزَّائدَ؛ لأنَّ الفسادَ في صُلبِ العقدِ. وبخلاف النِّكاح إلى أجل؛ لأنَّه متعةٌ، وهو عقدٌ غيرُ عَقدِ النِّكاح[3].

وقوله في الكتاب: «ثمَّ تراضيا» خرج وفاقاً[4]؛ لأنَّ مَن له الأجلُ يَستبِدُّ بإسقاطِهِ؛ لأنَّه خالِصُ حقِّهِ.

قال: (ومَنْ جَمَعَ بينَ حُرٍّ وعبدٍ، أو شاةٍ ذكيَّةٍ ومَيتةٍ بطَلَ البيعُ فيهما)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: إنْ سمَّى لكلٍّ واحدٍ منهما ثمناً جازَ في العبدِ [بحصَّتِه][5] والشَّاةِ الذَّكيَّة[6].

(وإنْ جمَعَ بينَ عبدٍ ومدبَّرٍ، أو بينَ عبدِهِ وعبدِ غَيرِهِ، صَحَّ البيعُ في العبدِ بحصَّتِهِ من الثَّمنِ) عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فسَدَ فيهما.

ومَتروكُ التَّسميةِ عامداً كالميتة[7]، والمكاتَبُ وأمُّ الولدِ كالمدبَّر[8].

---

(١) وهو الأجل.

(٢) وهو أحد البَدَلَين. بناية.

(٣) هذا جواب عن قول زفر: «صارَ كإسقاطِ الأجلِ في النِّكاحِ إلى أجلٍ»، بيانه: أنَّ النكاح إلى أجل عقدُ متعةٍ، وهو غير عقد النكاح أصلاً، لأنَّ عقد النِّكاح مندوبٌ إليه، والمتعةُ منهيٌّ عنها، فلا يمكنُ الرُّجوعُ من المنهيِّ عنه إلى المشروع.

(٤) أي: على سبيل الاتِّفاق.

(٥) زيادة من (أ).

(٦) قال في التصحيح: وعلى قوله اعتمد المحبوبيُّ والنَّسفيُّ والموصليُّ. اهـ اللباب.

(٧) وعليه: لو جمع بين شاة ذكيَّةٍ ومتروك التسمية عمداً، بطل فيهما عن أبي حنيفة، وجاز في الشَّاةِ الذَّكيَّة إن سمَّى لكلٍّ واحد مهما ثمناً.

(٨) وعليه لو جمع بين عبدٍ ومكاتبٍ، أو بين عبدٍ وأمِّ ولد، صَحَّ البيعُ في العبدِ بحصَّتِهِ من الثَّمنِ عند علمائنا الثلاثة.

له[1]: الاعتبارُ بالفَصلِ الأوّل[2]، إذِ محلّيَّةُ البيعِ مُنتفيةٌ بالإضافة إلى الكلِّ.

ولهما: أنَّ الفساد بِقَدرِ المُفسِدِ فلا يَتعدَّى إلى القِنِّ[3]، كمَنْ جمَعَ بين الأجنبيَّةِ وأختِهِ في النِّكاح، بخلاف ما إذا لم يُسمِّ ثمَنَ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه[4] مجهولٌ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ - وهو الفَرقُ بين الفَصلين[5] - أنَّ الحُرَّ لا يدخلُ تحتَ العقدِ أصلاً؛ لأنَّه ليس بمالٍ، والبيعُ صفقةٌ واحدةٌ[6]، فكان القَبولُ في الحُرِّ شرطاً للبيع في العبد، وهذا شرطٌ فاسدٌ، بخلاف النِّكاح؛ لأنَّه لا يبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدة.

وأمَّا البيعُ في هؤلاءِ موقوفٌ[7]، وقد دَخَلوا تحت العقدِ لقيام الماليَّةِ، ولهذا يَنفُذُ في عبدِ الغيرِ بإجازتِهِ، وفي المكاتَبِ بِرِضاه في الأصحِّ، وفي المُدبَّرِ بقضاءِ القاضي، وكذا في أمِّ الولدِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ. إلَّا أنَّ المالِكَ[8]

---

(١) أي: لزفر.

(٢) أراد بالفصل الأول «ما إذا جَمَع بين عبد وحرٍّ ولم يُفصِّل ثمَنَ كلٍّ». وهذا الاعتبارُ بجامعِ أنَّه باعَ ما لا يصحُّ بيعُهُ مع ما يصحُّ مَجموعاً صفقةً واحدة، وهو يُوجِبُ انتفاءَ محلِّيَّةِ البيعِ بالإضافة إلى المجموعِ، إذ يَصدُقُ أنَّ الكلَّ من حيثُ هو كلٌّ ليس بمالٍ.

(٣) بيانه: أنَّه إذا سمَّى لكلٍّ ثمناً، فإنَّ الفسادَ بِقَدْرِ المُفسِد، إذِ الحُكمُ يثبتُ بِقَدْرِ دليلِهِ، والمُفسِدُ في الحرِّ كونُهُ ليس بمحلٍّ للبيع، وهو مختَصٌّ به دون القِنِّ، فلا يتعدَّاه إلى القِنِّ.

(٤) أي: ثمنُ القِنِّ.

(٥) أي: بين فَصلِ الحرِّ والمدبَّرِ مع القِنِّ.

(٦) بدليل أنَّ المشتري لا يملك قَبولَ العقدِ في أحدهما دون الآخر، وإذا كان كذلك كان قبولُ العقدِ فيما لا يصحُّ فيه العقدُ شرطاً لصحَّة العقد.

(٧) متَّصلٌ بقوله: «أنَّ الحرَّ لا يدخل تحت العقد»، وأراد بهؤلاء: المدبَّر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير.

(٨) استثناء من قوله: «دخلوا تحت العقد»، والمرادُ من المالك مالكُ العبدِ الذي دخل في العقد مع عبد البائع.

باستحقاقِهِ المبيعَ، وهؤلاءِ باستحقاقِهِم أنفسَهُم رَدُّوا البيعَ، فكان هذا[١] إشارةً إلى البقاء[٢]، كما إذا اشترى عبدين وهَلَك أحدُهما قبلَ القبضِ، وهذا لا يكونُ شَرْطَ القَبولِ في غيرِ المَبيعِ[٣]، ولا بيعاً بالحِصَّةِ ابتداءً، ولهذا لا يُشتَرَطُ بيانُ ثمَنِ كلِّ واحدٍ فيه.

---

(١) أي: ردُّ البيع من جهة الاستحقاق.

(٢) يعني: إشارة إلى دخولهم تحت البيع؛ لأنَّ ردَّ البيع بدون انعقاده لا يصحُّ. وإذا خرجوا بعد دخولِهم لا يكون فيه بيعٌ بالحِصَّة ابتداءً، بل بقاءً، كما إذا باع عبدين وهلَكَ أحدُهما قبلَ القبضِ، ينفسِخُ البيعُ فيه وحدَهُ وتجبُ حصَّةُ الآخَرِ من الثَّمن.

(٣) معناه: وإذا كان المدبَّرُ وما معه مَحلاً للبيع، لم يكن جَمعُهُ مع القِنِّ يتضمَّنُ اشتراطَ قَبولِ العقدِ في غيرِ المبيع.

فصل في أحكامه

وإذا قَبَضَ المشتري المَبيعَ في البيعِ الفاسِدِ بِأَمرِ البائعِ، وفي العَقدِ عِوَضانِ كلٌّ واحدٍ منهما مالٌ، مَلَكَ المَبيعَ ولَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ، ....

(فصل في أحكامه[١])

(وإذا قَبَضَ المشتري المَبيعَ في البيعِ الفاسِدِ بِأَمرِ البائعِ[٢]، وفي العَقدِ عِوَضانِ كلٌّ واحدٍ منهما مالٌ[٣]، مَلَكَ المَبيعَ ولَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ[٤]).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[٥]: لا يَملِكُه وإن قبَضَه؛ لأنَّه محظورٌ فلا يَنالُ به نِعمةَ المِلْك؛ ولأنَّ النَّهيَ نَسخٌ للمشروعيَّةِ لِلتَّضادِّ[٦]، ولهذا[٧] لا يُفيدُه قبل القبضِ، وصار كما إذا باع بالمَيتةِ أو باع الخمرَ بالدَّراهم.

ولنا: أنَّ ركنَ البيعِ صدَرَ من أهلِهِ مضافاً إلى محلِّهِ، فوجَبَ القولُ بانعقادِهِ، ولا خَفاءَ في الأهليَّةِ والمَحلِّيَّةِ. وركنُهُ: مبادلةُ المالِ بالمالِ، وفيه الكلامُ[٨].

والنَّهيُ يُقرِّرُ المَشروعيَّةَ عندنا؛ لاقتضائِهِ التَّصوُّرَ[٩]، فنفسُ البيعِ مشروعٌ،

---

(١) أي: في أحكام البيع الفاسد.

(٢) قيَّد بالبيعِ الفاسدِ لأنَّ الباطلَ لا يُفيدُ شيئاً وإن اتَّصل به القبضُ وأمرُ البائع.

(٣) قيَّد به لأنَّه إذا كان أحدُ العِوَضين أو كلاهما غيرَ مالٍ، فالبيعُ باطلٌ، كالبيع بالميتة والدَّم.

(٤) قال في الفتح:
لا يخفى أنَّ لزومَ القيمةِ عيناً إنَّما هو بعدَ هلاكِ المَبيعِ في يده، أمَّا مع قيامِهِ في يدِهِ فالواجبُ رَدُّهُ بِعَينِهِ.

(٥) انظر ص (٧١) ت (٥).

(٦) أي: التَّضاد بين المشروعيَّةِ والنَّهي، والمرادُ أنَّ النَّهي يتضمَّنُ انتفاءَ المشروعيَّة.

(٧) أي: ولكونه غيرَ مشروع.

(٨) أي: الكلامُ مفروضٌ فيما إذا كان في العقدِ عِوَضانِ هما مالان.

(٩) قال في الفتح: أمَّا قول المصنِّف رَحِمَهُ اللَّهُ وغيره من المشايخ: «النَّهيُ يُقرِّرُ المَشروعيَّةَ لاقتضائه التَّصوُّرَ» يريدون أنَّ النَّهيَ عن الأمرِ الشَّرعيِّ يُقرِّرُ مَشروعيَّتَهُ؛ لأنَّ النَّهيَ عن الشَّيء يقتضي تَصوُّرَ المَنهيِّ عنه، =

وبه تُنالُ نِعمةُ المِلك، وإنَّما المَحظورُ ما يُجاوِرُهُ كما في البيع وقتَ النِّداءِ.

وإنَّما لا يَثبُتُ المِلكُ قبلَ القبضِ كي لا يُؤدِّي إلى تقريرِ الفسادِ المُجاوِرِ، إذْ هو[1] واجبُ الرَّفعِ بالاسترداد[2]، فبالامتناعِ عن المُطالبةِ أولى[3].

ولأنَّ[4] السَّببَ قد ضَعُفَ لِمَكان اقترانِهِ بالقَبيحِ[5]، فَيُشتَرَطُ اعتِضادُهُ بالقَبضِ في إفادةِ الحُكمِ بمنزلةِ الهِبةِ[6].

والمَيتةُ ليست بمالٍ فانعَدَمَ الرُّكنُ[7].

ولو كان الخمرُ مُثْمَناً فقد خَرَّجناه[8].

= وإلا لم يكن للنَّهي فائدة، فليس بذاك؛ لأنَّ كونه يقتضي تَصوُّرَ المَنهيِّ عنه، بمعنى إمكان فِعْلِه مع الوَصفِ المُثيرِ لِلنَّهي، لا يُفيد، فإنَّه إذا فعَلَ هذا المُتصوَّرَ يقَعُ غيرَ مَشروعٍ. اهـ انظر تتمَّه فإن فيه تفصيلا يحتاج إليه.

(1) أي: البيع الفاسد.

(2) أي: بطلب ردِّ المبيعِ من يد المشتري.

(3) قوله: «وإنَّما لا يثبت الملك قبل القبض ... إلى قوله: فبالامتناع عن المطالبة أولى» جوابٌ عن قوله: «ولهذا لا يُفيدُ قبلَ القَبضِ»، وتقريرُ ذلك:
أنَّه لو ثبَتَ المِلكُ قبلَ القَبضِ لَوَجب تسليمُ الثمنِ، ولوجب على البائع تسليمُ المبيع؛ لأنَّهما من مُوجَبات العقدِ، فيتقرَّرُ الفسادُ، وهو لا يَجوزُ؛ لأنَّه واجِبُ الرَّفع بالاسترداد، وكلُّ ما هو واجِبُ الرَّفعِ بالاسترداد لا يجوز تقريرُهُ، وإذا كان واجِبَ الرَّفع بالاسترداد - وذلك إذا كان المبيعُ مقبوضاً - فلأن يكونَ واجبَ الرَّفعِ بالامتناع عن مطالبةِ أحدِ المتعاقدين أولى. عناية.

(4) دليلٌ آخر على إفادةِ البيعِ الفاسدِ المِلكَ بعد القبضِ، ووجهه: أنَّ السبب - يعني البيع الفاسد - قد ضعف ... إلخ.

(5) وهو النَّهيُ عن هذا النَّوع من البيع.

(6) أي: صار كالهبة في احتياجِهِ إلى ما يقوِّي العقدَ من القبض.

(7) جواب عن قياس الشافعي البيعَ الفاسدَ على البيع بالميتة، وتقريرُهُ: أنَّ الميتةَ ليست بمالٍ، وما ليس بمالٍ لا يجوز فيه البيع؛ لفوات ركنه.

(8) هذا جواب عن قول الشافعي: «أو باع الخمرَ بالدَّراهم». يعني: ذكرنا تخريجه في أوائل باب البيع الفاسد، وأراد ما ذكره ثمَّةَ: وأمَّا بيعُ الخمرِ والخنزيرِ: إنْ كان قُوبِلَ بالدَّين كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، =

وشيءٌ آخَرُ[١]، وهو أنَّ في الخمرِ الواجبَ هو القيمةُ[٢]، وهي تَصلُحُ ثمناً لا مُثمَناً[٣].

ثمَّ شَرَط أن يكونَ القبضُ بإذنِ البائعِ، وهو الظَّاهرُ، إلَّا أنَّه يُكتفى به[٤] دِلالةً، كما إذا قَبَضَه في مجلسِ العقدِ استحساناً، وهو الصَّحيحُ؛ لأنَّ البيعَ تسليطٌ منه على القَبضِ، فإذا قَبَضَه بحضرتِهِ قبلَ الافتراقِ ولم يَنْهَهُ، كان بِحُكمِ التَّسليطِ السَّابقِ[٥]، وكذا القَبْضُ في الهبةِ في مجلسِ العقدِ يصحُّ استحساناً.

وشَرَط أن يكونَ في العقد عِوَضان، كلٌّ واحدٍ منهما مالٌ؛ لِيتحقَّقَ رُكنُ البيعِ، وهو مبادلةُ المال بالمال، فيخرجُ عليه[٦] البيعُ بالميتةِ والدَّمِ والحُرِّ والرِّيحِ[٧]، والبيعُ مع نَفْي الثَّمن[٨].

= فالبيعُ باطلٌ، وإن كان قُوبِلَ بِعَينٍ فالبيعُ فاسدٌ، حتَّى يَملِكُ ما يُقابِلُهُ، وإنْ كان لا يَملِكُ عينَ الخمرِ والخنزير.

(١) أي: دليل آخر لبطلان العقد إذا كانت الخمر مَبيعةً.

(٢) لا عينَ الخمر؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ عن تسليمِ الخمر وتسلُّمِها، والقيمةُ لا تكون إلا دراهم أو دنانير، فتصير القيمةُ مبيعةً لقيامها مقامَ المبيع.

(٣) أي: مبيعاً.

(٤) أي: بالإذن.

(٥) أمَّا بعد المجلس فلا بد من صريح الإذن إلا إذا قبض البائع الثمن هو مما يملك به فإنَّه يكون إذناً بالقبض دلالة، فإن كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير فلا بد من صريح الإذن. انظر عا (٧/ ٢٨٧) عالم الكتب.

(٦) أي: على اشتراط المال في البيع الفاسد.

(٧) صورة البيع بالرِّيح أن يقول: بعتُ هذا الشَّيءَ بالرِّيح الشِّماليِّ الذي يأتي من هذا الجانب. بناية.

(٨) هذه البيوع كلُّها باطلةٌ لعدمِ المالِ في العِوَض.

وقيَّد بنفي الثَّمن؛ لأنَّهما لو سكتا عن الثَّمن فلم يذكراه بِنَفي ولا إثباتٍ انعقَدَ فاسداً، ويثبُتُ المِلكُ بالقبضِ مُوجِباً للقيمة؛ لأنَّ مُطلَقَ البيعِ يقتضي المُعاوضةَ، فإذا سكتَ عن عِوَضِهِ كان عِوَضُهُ قِيمَتَهُ، وكأنَّه باعه بقيمَتِهِ، فيفسُدُ البيع. فتح.

ولِكُلٍّ واحدٍ من المُتعاقِدَينِ فَسْخُهُ، ....

وقوله: «لَزِمته قيمتُهُ[1]» في ذوات القِيَم[2]، فأمَّا في ذوات الأمثال[3] فيلزمُهُ المِثلُ؛ لأنَّه مضمونٌ بنفسِهِ بالقَبضِ، فشابَهَ الغَصبَ، وهذا[4] لأنَّ المِثلَ صورةً ومعنى أعدَلُ من المِثل معنىً[5].

قال: (ولِكُلِّ واحدٍ[6] من المُتعاقِدَينِ فَسْخُهُ) رَفعاً للفساد، وهذا قبلَ القبضِ ظاهرٌ؛ لأنَّه[7] لم يُفِدْ حُكمَهُ[8]، فيكونُ الفسخُ امتناعاً منه[9]، وكذا بعدَ القبضِ[10] إذا كان الفسادُ في صُلبِ العقدِ[11] لِقوَّتِهِ[12].

---

(١) يعني: يومَ القبض، ولو زادتْ قيمتُهُ في يدِهِ فأتلفَهُ؛ لأنَّه إنَّما دخل في ضمانَهُ بالقبض، فلا يتغيَّر، كالغصب. وقال محمد: عليه قيمتُهُ يومَ أتلفَهَ؛ لأنَّه بالاستهلاك تقرَّر عليه الضَّمان، فتعتَبَرُ قيمتُهُ حينئذ، كذا في الكافي. فتح.

(٢) كالحيوانات والعدديات المتفاوتة.

(٣) كالمكيلات والموزونات والعدديَّات المتقاربة.

(٤) أي: وجوبُ المِثل في ذوات الأمثال.

(٥) المراد بالمثل معنى القيمةُ. هذا والقولُ في القيمة والمِثلِ قولُ المشتري؛ لأنَّه الضَّامن، فالقولُ له في القَدرِ، والبيِّنَةُ فيه بيِّنَةُ البائع.

(٦) اعترض عليه بأنَّ اللام تُفيد التَّخيير، مع أنَّ الفسخَ واجبٌ.

أجيب بأنَّ اللامَ مِثلُها في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]، أو أنَّ المرادَ بيانُ أنَّ لكلٍّ منهما ولايةَ الفسخِ رفعاً لِتَوهُّم أنَّه إذا مُلِك بالقَبضِ لَزِم؛ لأنَّ الآية تقتضي كونَ اللامِ بمعنى «على» بخلافها هنا، ولأنَّ كونَ المرادِ بيانُ الولايةِ المذكورة يلزمُهُ منه تركُ بيانِ الوجوبِ مع أنَّه مرادٌ أيضاً، والتَّصريحُ بالوجوب يدلُّ على المُرادينِ، فكان أولى. انظر عا (٧/ ٢٩٠) عالم الكتب.

(٧) أي: البيعُ الفاسد.

(٨) وهو المِلك.

(٩) أي: من حكم البيع، وهو الملك.

(١٠) لكلٍّ واحد منهما فسخُهُ.

(١١) وهو ما يرجع إلى البدل أو المبدل، كبيع درهم بدرهمين، وبيع ثوب بخمر.

(١٢) أي: لقوَّة الفساد.

فإنْ باعَهَ المُشتري نَفَذَ بَيْعُهُ.

وإن كان الفسادُ بِشَرطٍ زائدٍ[١] فَلِمَن له الشَّرطُ ذلك[٢] دونَ مَن عليه؛ لِقُوَّةِ العَقدِ، إلَّا أنَّه[٣] لم تتحقَّق المُراضاةُ في حقِّ مَن له الشَّرط.

قال: (فإنْ باعَهَ المُشتري نَفَذَ بَيْعُهُ)؛ لأنَّه ملَكَه [بالقبض][٤]، فملَكَ التَّصرُّفَ فيه، وسقَطَ حقُّ الاستردادِ لِتعلُّقِ حقِّ العبدِ بالثَّاني، ونُقِضُ الأوَّلُ لحقِّ الشَّرعِ[٥]، وحقُّ العبدِ مقدَّمٌ لحاجته، ولأنَّ[٦] الأوَّلَ مَشروعٌ بأصلِهِ دونَ وَصفِهِ، والثَّاني مشروعٌ بأصلِهِ ووَصفِهِ، فلا يُعارِضُه مجرَّدُ الوصفِ[٧]؛ ولأنَّه حصلَ بتسليطٍ من جهةِ البائعِ[٨].

بخلافِ تَصرُّفِ المشتري في الدَّارِ المَشفوعةِ[٩]؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما[١٠] حقُّ العبدِ، ويستويان في المشروعيَّةِ، وما حصَلَ بتسليطٍ من الشَّفيع[١١].

---

(١) بأن باعه على أن يُقرِضَهُ أو يَهَبَه كذا، أو باعه إلى أجل مجهول.

(٢) أي: لمن له منفعةُ الشَّرط الفسخُ، وهو البائع في صورة الإقراض، والمشتري في صورة الأجل.

(٣) قوله: «إلا أنَّه» إلى آخره، جوابُ سؤالٍ يَرِد على قوله: «لقوَّة العقد»، وهو أنَّه لمَّا كان قويّاً ينبغي أن لا يكون لأحدٍ وِلايةُ الفَسخِ، وإن كان له منفعَةُ الشَّرط. فأجاب بأنَّ القياس ذلك، إلَّا أنَّه لمَّا لم تتحقَّقِ المُراضاةُ في حقِّهِ كان له الفسخ. فتح.

(٤) زيادة من (أ).

(٥) أي: ونُقِض البيع الأول لحقِّ الشرع من جهة الفساد فيه.

(٦) هذا دليل على سقوط حقِّ الاسترداد.

(٧) أي: لا يعارضُ المشروعَ بأصله ووصفِهِ المشروعُ بوصفِهِ فقط. وبتعبير آخر: الفاسدُ لا يعارض الصَّحيح.

(٨) أي: البيعُ الثَّاني حصَلَ بتسليطِ البائعِ الأوَّلِ حيثُ كان القبضُ بإذنِهِ، فاستردادُهُ نقضُ ما تمَّ من جهته، وذلك باطل. عناية.

(٩) أي: تصرُّفه فيها بنحو بيع وهبةٍ، فإنَّه لا يمنع حقَّ الشفيع، وله أن يَنقُضَ هذه التَّصرُّفاتِ ويأخُذَها بالشُّفعة وإن تَعلَّق بها حقُّ الغير.

(١٠) أي: حقُّ الشفيع وحقُّ المشتري.

(١١) أي: وما حصل من البيع والهبة ونحوها لم يكن بتسليطٍ من الشَّفيع، لذا كان للشَّفيع حقُّ الاسترداد.

ومَنِ اشتَرَى عبداً بِخَمرٍ أو خنزيرٍ، فقَبَضَهُ وأعتَقَهُ، أو باعَهُ، أو وَهَبَه وسَلَّمَهُ، فهو جائزٌ وعليه القيمةُ. وليسَ للبائعِ في البيعِ الفاسِدِ أنْ يأخُذَ المَبِيعَ حتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ، وإنْ ماتَ البائعُ فالمُشتري أحَقُّ بِهِ حتَّى يَستوفِيَ الثَّمَنَ. ....

قال: (ومَنِ اشتَرَى عبداً بِخَمرٍ أو خنزيرٍ، فقَبَضَهُ وأعتَقَهُ، أو باعَهُ، أو وَهَبَه وسَلَّمَهُ، فهو جائزٌ وعليه القيمةُ)؛ لِما ذكرنا أنَّه ملَكَهُ بالقَبضِ فتنفُذُ تصرُّفاتُهُ، وبالإعتاق قد هَلَكَ[1] فتلزَمُهُ القيمةُ، وبالبيع والهبةِ انقطَعَ الاستردادُ على ما مَرَّ[2].

والكتابةُ والرَّهنُ نظيرُ البيعِ؛ لأنَّهما لازمانِ، إلَّا أنَّه يعودُ حقُّ الاستردادِ بِعَجزِ المُكاتَبِ، وفَكِّ الرَّهنِ لِزَوالِ المانع.

وهذا[3] بخلافِ الإجارةِ؛ لأنَّها تُفسَخُ بالأعذارِ، ورَفْعُ الفسادِ عُذرٌ؛ ولأنَّها تَنعقِدُ شيئاً فشيئاً[4] فيكونُ الرَّدُّ امتناعاً[5].

قال: (وليسَ للبائعِ في البيعِ الفاسِدِ أنْ يأخُذَ المَبِيعَ حتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ)؛ لأنَّ المبيعَ مقابَلٌ به، فيصيرُ مَحبوساً به كالرَّهن.

(وإنْ ماتَ البائعُ[6] فالمُشتري أحَقُّ بِهِ حتَّى يَستوفِيَ الثَّمَنَ)؛ لأنَّه يُقدَّم عليه في حياته، فكذا على وَرَثَتِهِ وغُرَمائهِ بعد وفاتِهِ، كالرَّاهن.

---

(١) أي: لم يبقَ مالاً بالعتق.

(٢) من قوله: «لتعلُّق حقِّ العبد بالثاني»، انظر ص (١٠٤).

(٣) أي: انقطاعُ الاستردادِ بالتَّصرُّفاتِ المذكورة.

(٤) بمعنى: أنَّ الإجارة تنعقد على المنافع، وهي تحدث شيئا فشيئاً، إلَّا أنَّ العين أقيمت مقام المنفعة.

(٥) أي: في أيِّ وقت ردَّ المستأجِرُ العقدَ، كان الرَّدُّ امتناعاً من انعقادِ العقدِ في حقِّ المنفعةِ التي تحدثُ بعده، فلا يكون فيه رفعُ العقد الثابت. بناية بتصرف.

(٦) أي: البائعُ بيعاً فاسداً، أو المُؤجِّرُ إجارةً فاسدةً، أو الرَّاهنُ رهناً فاسداً، فالذي في يده المبيعُ أو الرَّهنُ أحقُّ بثَمَنِهِ من غُرماءِ الميِّت. فتح بتصرف.

ومَنْ باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشتري، فَعَلَيهِ قِيمَتُها، وقالا: يَنقُضُ البِناءَ وتُرَدُّ الدَّارُ. ....

ثمَّ إن كانت دراهمُ الثَّمنِ قائمةً يأخُذُها بِعَينها؛ لأنَّها تَتعيَّنُ في البيع الفاسد، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه[1] بمنزلة الغَصْب، وإن كانت مُستهلَكَةً أخَذَ مِثلَها لِما بيَّنَّا[2].

قال: (ومَنْ باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشتري، فَعَلَيهِ قِيمَتُها[3]) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، ورواه يعقوبُ عنه في الجامع الصَّغير، ثمَّ شكَّ بعدَ ذلك في الرِّواية. (وقالا: يَنقُضُ البِناءَ وتُرَدُّ الدَّارُ)، والغَرسُ على هذا الاختلاف.

لهما: أنَّ حقَّ الشَّفيع أضعَفُ من حقِّ البائع[4]، حتَّى[5] يحتاجُ فيه إلى القضاءِ ويَبطُلُ بالتَّأخير، بخلافِ حقِّ البائعِ[6]، ثمَّ أضعَفُ الحقَّينِ[7] لا يَبطُلُ بالبناء فأقواهما أولى.

وله: أنَّ البناءَ والغَرْسَ مِمَّا يُقصَدُ به الدَّوام، وقد حَصلَ بتسليطٍ من جهةِ البائعِ، فينقطِعُ حقُّ الاستردادِ[8] كالبيع[9]، بخلاف حقِّ الشَّفيعِ؛ لأنَّه لم يوجَدْ منه التَّسليطُ، ولهذا لا يَبطُلُ[10] بِهِبةِ المُشتري وبَيعِهِ، فكذا ببنائه.

---

(١) أي: البيع الفاسد بمنزلة الغصب، والثمنُ في يد البائع بمنزلة المغصوب.

(٢) إشارة إلى قوله: «لأنه بنزلة المعصوب».

(٣) أي: ينقطع حقُّ الفسخ، ويأخذ البائع قيمة الدَّار.

(٤) أي: أضعفُ في حقِّ البائع بيعاً فاسداً في فَسخ العقدِ واستردادِ المبيع.

(٥) أي: حقُّ الشَّفيع أضعف من حقِّ البائعِ في الاسترداد، بدليل أنَّ الشَّفيع يحتاج في ثبوت حقِّه إلى قضاء، ويبطل بتأخير طلبِ الشُّفعةِ.

(٦) فإنَّه لا يحتاج إلى قضاء ولا يبطل بالتَّأخير.

(٧) وهو حقُّ الشُّفعة.

(٨) لأنَّه لا يجوزُ للإنسان أن يسعى في نقض ما تمَّ من جهته.

(٩) أي: صار كما إذا باعه المشتري، انظر ص (١٠٤) وقوله: «فإنْ باعَهَ المُشتري نَفَذَ بَيْعُهُ».

(١٠) أي: لا يبطل حقُّ الشَّفيع.

ومَنِ اشترى جاريةً بيعاً فاسِداً وتقابَضا، فباعَها ورَبِحَ فيها، تَصَدَّقَ بالرِّبحِ، ويَطيبُ للبائعِ ما رَبِحَ في الثَّمنِ، ....

وشكَّ يعقوب في حفظ الرِّواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وقد نَصَّ محمدٌ على الاختلاف في كتاب الشُّفعة، فإنَّ حقَّ الشُّفعةِ مَبنيٌّ على انقطاعِ حقِّ البائعِ بالبناء، وثبوتِهِ، على الاختلاف.(١)

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً بيعاً فاسِداً وتقابَضا، فباعَها ورَبِحَ فيها، تَصَدَّقَ بالرِّبحِ، ويَطيبُ للبائعِ ما رَبِحَ في الثَّمنِ(٢)).

والفرقُ(٣): أنَّ الجاريةَ مِمَّا يتعيَّنُ، فيتعلَّق العقدُ بها(٤)، فيتمَكَّنُ الخُبثُ في الرِّبح(٥)، والدَّراهمُ والدَّنانيرُ لا يَتعيَّنان في العقود(٦)، فلم يتعلَّق العقدُ الثَّاني بِعَينها، فلم يتمكَّنِ الخُبثُ(٧)، فلا يجبُ التَّصدُّق.

---

(١) قوله: «ثبوته» بالجر عطفا على «انقطاع»، والتقدير: حقُّ الشفعة مبنيٌّ على انقطاعِ حقِّ البائع بالبناء، وعلى ثبوت حقِّه بالبناء، والمسألة على الخلاف، فعند أبي حنيفة ينقطع حقُّ البائع في الاسترداد، فيثبت حقُّ الشُّفعة. وعندهما: لا ينقطع حقُّ البائع في الاسترداد، فلا يثبتُ حقُّ الشُّفعة.

(٢) الصورة: أنَّ البائع اشترى بالثَّمن شيئاً، واتَّجر به وربح، طاب له الرِّبح.

(٣) أي: بين الصُّورتين، الأولى عدمُ طِيبِ ربحِ الجاريةِ المشتراة بعقدٍ فاسدٍ، والثانية طِيبُ الرِّبحِ الحاصل من الاتِّجار بالثَّمن.

(٤) ومعنى تعلُّق العقدِ بها: أنَّه إذا باع جاريةً معيَّنةً، ليس له أن يُعطي جاريةً أخرى مكانَها.

(٥) وذلك لأنَّ العقدَ تعلَّق بها، والرِّبحَ حصل منها، فكان الرِّبحُ بدلاً من المملوكِ ملكاً فاسداً، ممَّا أدَّى إلى تمكُّن الخبثِ من الرِّبح الحاصل.

(٦) بمعنى أنَّه لو اشترى عيناً بدراهم معيَّنةٍ، جاز له أن يُعطيه غيرَ الدَّراهم المعيَّنة؛ وذلك لأنَّ الدَّراهم والدَّنانير لا تتعيَّن بالتَّعيين.
والمراد بالعقود هنا البياعات خاصَّة، فإنَّ الدَّراهم والدَّنانير تتعيَّنُ في غير البياعات من العقود، كالوديعة والغصب ونحوهما.

(٧) لأنَّ الرِّبح حصل بالعقد لا بالدَّراهم. بناية.

وكذلكَ إذا ادَّعَى على آخَرَ مالاً فقَضاهُ إيَّاهُ، ثمَّ تصادَقا أنَّهُ لم يكنْ عليه شيءٌ، وقد رَبِحَ المُدَّعِي في الدَّراهمِ، يَطيبُ له الرِّبحُ.

وهذا[1] في الخُبثِ الذي سببُهُ فَسادُ المِلك، أمَّا الخُبثُ لِعَدَمِ المِلكِ فعند أبي حنيفة ومحمد يَشمَلُ النَّوعين[2]؛ لِتعَلُّق العقدِ فيما يَتعيَّنُ حقيقةً، وفيما لا يتعيَّنُ شُبهةً، من حيثُ إنَّه يتعلَّقُ به سلامةُ المَبيعِ أو تقديرُ الثَّمن[3]، وعندَ فسادِ المِلكِ تَنقلِبُ الحقيقةُ شبهةً، والشُّبهةُ تَنزِلُ إلى شُبهةِ الشُّبهةِ، والشُّبهةُ هي المُعتبرةُ دونَ النَّازلِ عنها.

قال: (وكذلكَ إذا ادَّعَى على آخَرَ مالاً فقَضاهُ إيَّاهُ، ثمَّ تصادَقا أنَّهُ لم يكنْ عليه شيءٌ، وقد رَبِحَ المُدَّعِي في الدَّراهمِ، يَطيبُ له الرِّبحُ)؛ لأنَّ الخُبثَ لفساد المِلْك هاهنا؛ لأنَّ الدَّينَ وَجَب بالتَّسمية[4] ثمَّ استُحِقَّ بالتَّصادُق، وبدَلُ المُستَحَقِّ مَملوكٌ[5]، فلا يَعمَلُ فيما لا يتعيَّن.

---

(١) أي: هذا الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعيَّن وما لا يتعيَّن، حيث لا يطيب الرِّبحُ في الأوَّل، ويطيب في الثاني.

(٢) يعني: ما يتعيَّنُ من المال وما لا يتعيَّن.

(٣) وصورته: أن يتصرَّف الغاصبُ أو المودَعُ في المغصوب والوديعةِ، وهما عَرَضٌ أو نقدٌ، ويؤدِّيَ كلٌّ منهما ضمانَ ما تصرَّف به، ويفضلُ ربحٌ، وجب التصدُّقُ به عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنَّه بدَلُ مالِ الغيرِ فيما يَتعيَّنُ، فيثبُتُ فيه حقيقةُ الخُبث، وفيما لا يتعيَّنُ إن لم يكن ما اشتراه به بدَلَ مالِ الغيرِ؛ لأنَّ العقدَ لا يتعلَّقُ به، بل بمثلِهِ في الذِّمَّة، لكنَّه إنَّما تَوسَّل إلى الرِّبح بالمغصوبِ أو الوديعةِ، فتمَكَّنَ فيه شبهةُ الرِّبح بمالِ الغير من حيثُ إنَّه يتعلَّق به سلامةُ المبيعِ إن نَقَدَ الدَّراهم المغصوبةَ، أو تقديرُ الثَّمنِ إن أشار إلى الدَّراهم المغصوبة ونَقَدَ من غيرِها، فيتصدَّق به. فتح.

(٤) أي: بالإقرار عند دعواه المال. فتح.

(٥) أي: ملكاً فاسداً، سواء كان البدلُ عيناً أو ديناً، أمَّا عيناً فبدليل أنَّ مَن اشترى عبداً بثوبٍ مثلاً، ثمَّ أعتقَ العبدَ واستُحِقَّ الثَّوب، يصحُّ عِتقُ العبد، فلو لم يكن بدَلُ المُستَحَقِّ مملوكاً لم يصحَّ العتقُ، إذ لا عِتقَ في غيرِ المِلْك، والعبدُ بدلُ الثَّوب المُستحقِّ.

وأمَّا إذا مَلَكه فاسداً فيما لا يتعيَّن، فإنَّه لا يعملُ فيه خُبثاً، فطاب له الرِّبح. فتح بتصرف.

فصل فيما يُكرَه

ونَهَى رسولُ الله ﷺ عن النَّجَش، وعَنِ السَّومِ على سَومِ غَيرِهِ، ....

(فصل فيما يُكرَه)

قال: (ونَهَى رسولُ الله ﷺ عن النَّجَش) وهو: أن يَزِيدَ في الثمَّن ولا يُرِيدُ الشِّراء لِيُرَغِّب غيرَهُ[١]، وقال: «لا تناجَشُوا»[٢].

قال: (وعَنِ السَّومِ على سَومِ غَيرِهِ)، قال ﷺ: «لا يَستامُ الرَّجلُ على سَومِ أخيه، ولا يَخطُبُ على خِطبةِ أخيه»[٣]؛ ولأنَّ في ذلك إيحاشاً وإضراراً.

وهذا إذا تراضى المُتعاقدانِ على مَبلَغِ ثَمَناً في المُساوَمةِ، فأمَّا إذا لم يَركَنْ أحدُهُما إلى الآخَرِ فهو بيعُ مَن يَزِيدُ، ولا بأس به على ما نَذكُرُه[٤]، وما ذكرناه مَحمَلُ النَّهي في النِّكاح أيضاً.

---

(١) أي: بعدَما بلغتْ السِّلعةُ قِيمَتَها، فإنَّه تَغريرٌ للمسلم ظُلماً، فأمَّا إذا لم تكن بلغتْ قِيمَتَها فزادَ القيمةَ لا يُريدُ الشِّراء فجائزٌ؛ لأنَّه نفعُ مسلمٍ من غير إضرارٍ بغيرِهِ؛ إذْ كان شِراءُ الغيرِ بالقيمة. فتح.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة (٢٠٤٣)، ومسلم في البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية (١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «لا تَلقَّوا الرُّكبانَ، ولا يَبِعْ بعضُكُم على بَيعِ بَعضٍ، ولا تَناجَشُوا، ولا يَبِعْ حاضِرٌ لبادٍ، ولا تَصُرُّوا الغَنَمَ، ومَنِ ابتاعَها فهو بِخَيرِ النَّظرينِ بعدَ أَن يَحتَلِبَها، إن رَضِيَها أمسَكَها وإن سَخِطَها ردَّها وصاعاً من تمر».

(٣) أخرج البخاري في الشروط، باب: الشروط في الطلاق (٢٥٧٧)، ومسلم - واللفظ له - في النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح (١٤٠٨) عن أبي هريرة عن النَّبيِّ ﷺ قال: «لا يَخطُبُ الرَّجلُ على خُطبةِ أخيه، ولا يَسُومُ على سَومِ أخيه، ولا تُنكَحُ المرأةُ على عَمَّتِها، ولا على خالتها، ولا تَسألُ المرأةُ طلاقَ أختِها لِتَكفِئ صَحْفَتَها ولْتَنكَحْ، فإنَّما لها ما كَتَبَ اللهُ لها».

(٤) هذه مسألة السَّوم على سومِ الغير، وهي غير مسألة البيع على بيع الغير، وكلاهما منهيٌّ عنه، وصورة البيع على بيع الآخر: أن يتراضيا على ثمنِ سلعةٍ، فيجيء آخَرُ فيقول: أنا أبيعك مثلَ هذه السِّلعةِ بأنقصَ من هذا الثَّمن، فيضرُّ بصاحب السِّلعة.

وعَنْ تَلقِّي الجَلَبِ، وعن بَيعِ الحاضِرِ للبادي، والبيعِ عندَ أذانِ الجُمعةِ، ....

قال: (وعَنْ تلقِّي الجَلَبِ[1])، وهذا إذا كان يَضرُّ بأهلِ البلدِ، فإن كان لا يَضرُّ فلا بأس به، إلَّا إذا لَبَّسَ السِّعرَ على الوارِدِينَ، فحينئذٍ يُكرَهُ لِما فيه من الغَرَرِ والضَّررِ.

قال: (وعن بَيعِ الحاضِرِ للبادي[2])، فقد قال ﷺ: «لا يَبيعُ الحاضِرُ للبادي»[3]، وهذا إذا كان أهلُ البلدِ في قَحطٍ وعَوَزٍ، وهو: أن يَبِيعَ من أهلِ البَدوِ طَمَعاً في الثَّمنِ الغالي؛ لِما فيه من الإضرارِ بهم، أمَّا إذا لم يكنْ كذلك فلا بأسَ بِهِ لانعدامِ الضَّررِ.

قال: (والبيعُ عندَ أذانِ الجُمعةِ[4])، قال الله تعالى: ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجُمُعَة: ٩]، ثمَّ فيه إخلالٌ بواجِبِ السَّعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذانَ المُعتَبَرَ فيه[5] في كتاب الصَّلاة.

---

(١) أي: المجلوب، أو الجالب. وصورته: أن يُخبَر بِمَجيء قافلةٍ ببضائع، فيتلقَّاهم قبل وصولهم إلى المصر ويشتري الجميع، وبعد ذلك يُدخلها المِصرَ ليبيعه على ما أراد، فذلك لا يخلو: إمَّا أن يَضرَّ بأهل البلد أو لا، والثاني لا يخلو من أنْ يُلبِّسَ السِّعرَ على الوارِدِين أو لا، فإن كان الأوَّلَ بأن كان أهلُ المِصر في قَحْطٍ وضِيْقٍ وحاجةٍ لتلك البضائع، فهو مكروهٌ باعتبار قُبحِ التَّضييقِ المُجاوِرِ المُنفكِّ، وإن كان الثاني فقد لَبَّسَ السِّعر على الوارِدِين، فقد غرَّ وضَرَّ، وهو قبيحٌ فيكره، وإلا فلا بأس بذلك. عناية بتصرف.

(٢) الحاضر: هو المقيم في المصر والقرى. والبادي: هو المقيم في البادية. واللام في قوله: «للبادي» بمعنى «من».

(٣) تقدَّم، انظر (٤/ ٢٦١) ت (٢).

(٤) أي: إلَّا إذا تبايعا يمشيان فلا بأس به؛ لِتَعليل النَّهي بالإخلالِ بالسَّعي، فإذا انتفى انتفى، وقد خُصَّ منه مَن لا جُمعةَ عليه. اهـ در.

(٥) إمَّا أن يرجع الضَّميرُ إلى البيع المَنهي عنه وقت الأذان، أو إلى وجوب السَّعي، على كلٍّ الأصحُّ أنَّ المعتبر في المسألتين الأذان الأول إذا كان بعد الزَّوال.

وكُلُّ ذلكَ يُكرَهُ. ولا بأسَ بِبَيعِ مَنْ يَزِيدُ.

نوع منه:

ومَنْ مَلَكَ مَملُوكَينِ صَغِيرَينِ، أحَدُهما ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الآخَرِ، ....

قال: (وكُلُّ ذلكَ يُكرَهُ) لِما ذكرنا، ولا يفسُدُ به البيعُ؛ لأنَّ الفسادَ في معنى خارجٍ زائدٍ، لا في صُلبِ العقد، ولا في شرائط الصِّحَّة.

قال: (ولا بأسَ بِبَيعِ مَنْ يَزِيدُ)، وتفسيرُهُ ما ذكرنا[١]، وقد صحَّ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ باعَ قَدَحاً وحِلساً بِبَيعِ مَن يَزيد»[٢]؛ ولأنَّه بيعُ الفقراءِ، والحاجةُ ماسَّةٌ إليه.

(نوع منه)[٣]:

قال: (ومَنْ مَلَكَ مَملُوكَينِ[٤] صَغِيرَينِ، أحَدُهما ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الآخَرِ، ..

(١) وهو قولُهُ قبلَ قليل: «فأمَّا إذا لم يَركَنْ أحدُهُما إلى الآخَرِ فهو بيعُ مَن يَزِيدُ».

(٢) أخرج ابن ماجه في التجارات، باب: بيع المزايدة (٢١٩٨)، والترمذي في البيوع، باب: بيع من يزيد (١٢١٨)، وأبو داود - واللفظ له - في الزكاة، باب: ما تجوز فيه المسألة (١٦٤١) عن أنس بن مالك: أنَّ رجلاً من الأنصار أتى النَّبيَّ ﷺ يسألُهُ فقال: «أما في بَيتِكَ شيءٌ؟» قال: بلى، حِلسٌ نَلبَسُ بعضَهُ ونَبسطُ بعضَهُ، وقعبٌ نشربُ فيه من الماء، قال: «ائتني بهما»، قال: فأتاه بهما، فأخَذَهما رسولُ الله ﷺ بيدِهِ وقال: «مَن يَشتري هذين؟» قال رجل: أنا آخُذُهما بدرهم، قال: «مَن يَزِيدُ على درهم؟» مرَّتين أو ثلاثاً، قال رجلٌ: أنا آخُذُهما بدرهمين، فأعطاهما إيَّاه وأخَذَ الدِّرهمين، فأعطاهما الأنصاريَّ وقال: «اشترِ بأحَدِهما طعاماً، فانبِذْهُ إلى أهلِكَ، واشترِ بالآخَرِ قَدُوماً فأتِني به»، فأتاه به فشَدَّ فيه رسولُ الله ﷺ عوداً بيدِهِ ثمَّ قال له: «اذهب فاحتَطِبْ وبِعْ، ولا أرَيَنَّكَ خمسةَ عشَرَ يوماً»، فذهب الرَّجلُ يَحتَطِبُ ويَبِيعُ، فجاءَ وقد أصاب عشَرَةَ دراهم، فاشترى بِبَعضِها ثوباً وبِبَعضِها طعاماً، فقال رسول الله ﷺ: «هذا خيرٌ لك من أن تَجِيءَ المسألةُ نُكتَةً في وَجهِكَ يومَ القيامةِ، إنَّ المسألةَ لا تَصلُحُ إلَّا لِثلاثةٍ، لِذِي فَقرٍ مُدقِعٍ، أو لِذِي غُرمٍ مُفظِعٍ، أو لِذِي دَمٍ مُوجِعٍ».

(٣) أي: هذا الذي نشرع فيه نوع من البيع المكروه.

(٤) قال: «مَلَكَ» ولم يقل: «اشترى» ليتناول جميعَ أسبابِ المِلْك، من شِراءٍ أو هِبةٍ أو مِيراثٍ ...

لم يُفَرِّق بينهما، وكذلك إنْ كان أحَدُهما كبيراً، ....

لم يُفَرِّق بينهما[1]، وكذلك إنْ كان أحَدُهما كبيراً)، والأصلُ فيه قوله ﷺ: «مَن فَرَّق بين والدةٍ وولَدِها فَرَّقَ اللهُ بينه وبينَ أحِبَّتِهِ يومَ القيامة[2]»، ووهَبَ النَّبيُّ ﷺ لعليٍّ رضي الله عنه غُلامَينِ أخوَينِ صَغيرينِ، ثمَّ قال له: «ما فَعَل الغُلامان؟»، فقال: بِعتُ أحَدَهما، فقال: «أدرِكْ أدرِكْ»[3]، ويُروى: «اردُدْ اردُدْ».

ولأنَّ الصَّغيرَ يَستأنِسُ بالصَّغيرِ وبالكبير، والكبيرُ يَتعاهَدُه، فكان في بَيعِ أحَدِهما قَطعُ الاستئناس والمَنعُ مِن التَّعاهُد، وفيه تَرْكُ المَرحمةِ على الصِّغار، وقد أوعَدَ عليه[4].

ثمَّ المَنعُ مَعلولٌ بالقَرابةِ المُحرِّمةِ للنِّكاح، حتَّى لا يدخلُ فيه مَحرَمٌ غيرُ قريبٍ[5]، ولا قريبٌ غيرُ مَحرَمٍ[6]. ولا يدخلُ فيه الزَّوجانِ، حتَّى جاز التَّفريقُ بينهما؛ لأنَّ النَّصَّ ورَدَ بخلافِ القياس، فيقتصر على مَورِدِه.

---

(١) لا ببيعٍ ولا هبة ولا وصيةٍ، ولا بأيِّ وسيلة من وسائل التَّفريق. هذا وقد ذكره بصورة النَّفي مبالَغَةً في المَنع.

(٢) أخرج أحمد (٥/ ٤١٢) (٢٣٨٩٥)، والحاكم (٢/ ٦٣) (٢٣٣٤)، والترمذي في السير، باب: في كراهية التفريق بين السبي (١٥٦٦) عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرَّقَ بين والدةٍ وولَدِها فرَّق اللهُ بينه وبينَ أحبَّتِهِ يومَ القيامة».

(٣) أخرج أحمد (١/ ٩٧) (٧٦٠)، وابن ماجه في التجارات، باب: النهي عن التفريق بين السبي (٢٢٤٩)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع (١٢٨٤) عن عليٍّ قال: وَهَبَ لي رسولُ الله ﷺ غلامينِ أخوَينِ، فَبِعتُ أحَدَهما فقال لي رسول الله ﷺ: «يا عليُّ، ما فَعَلَ غلامُكَ؟» فأخبرتُهُ، فقال: «رُدَّهُ، رُدَّهُ».

(٤) أي: على ترك المَرحمة، قال ﷺ في الحديث الذي أخرجه الترمذي في البر والصلة، باب: رحمة الصبيان (١٩٢٠)، وأبو داود في الأدب، باب: الرحمة (٤٩٤٣)، عن عَمرو بنِ شُعيب عن أبيه عن جدِّه قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس مِنَّا مَن لم يَرحَمْ صغيرَنا، ويَعرِفْ شَرَفَ كبيرنا»، واللفظُ للترمذي.

(٥) كمحرم الرَّضاع وامرأة الأب.

(٦) كأولاد الأعمام والعمَّات والأخوال والخالات.

فإنْ فرَّقَ كُرِهَ له ذلك وجازَ العَقدُ، وإنْ كانا كَبيرَينِ فلا بأسَ بالتَّفريقِ بينهما.

ولا بدَّ من اجتماعِهما في مِلكِه لِما ذكرنا[1]، حتَّى لو كان أحَدُ الصَّغيرينِ له والآخَرُ لغيره، لا بأس بِبَيعِ واحدٍ منهما.

ولو كان التَّفريقُ بحقٍّ مُستَحَقٍّ، لا بأسَ به، كدَفْعِ أحَدِهما بالجِنايةِ وبَيعِهِ بالدَّين وردِّه بالعيب؛ لأنَّ المنظورَ إليه دفعُ الضَّررِ عن غَيرِهِ، لا الإضرارُ به.

قال: (فإنْ فرَّقَ كُرِهَ له ذلك وجازَ العَقدُ)، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه لا يجوزُ في قَرابةِ الوِلادِ، ويجوزُ في غيرِها. وعنه: أنَّه لا يجوزُ في جميعِ ذلك؛ لِما روينا[2]، فإنَّ الأمرَ بالإدراكِ والرَّدِّ لا يكون إلَّا في البيع الفاسد.

ولهما: أنَّ رُكنَ البيعِ صَدَر من أهلِهِ في مَحلِّه، وإنَّما الكراهةُ لمعنى مُجاورٍ[3]، فشابَهَ كراهةَ الاستيام.

(وإنْ كانا كَبيرَينِ فلا بأسَ بالتَّفريقِ بينهما)؛ لأنَّه ليس في معنى ما وَرَد به النَّص، وقد صَحَّ «أنَّه ﷺ فرَّقَ بين مارِيَّةَ وسيرين»[4]، وكانتا أمَتَينِ أُختين.

---

(١) من الحديثين المتقدِّمين.

(٢) أي: من حديث علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق، كما تقدَّم.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٢٨): أخرج البزار عن بُريدةَ قال: أهدى المقوقسُ القبطيُّ لرسول الله ﷺ جاريتين، وبغلةً كان يركبها، فأمَّا إحدى الجاريتين فتسرَّاها، فولدت له إبراهيم، وهي ماريَّةُ، أمُّ إبراهيم، وأمَّا الأخرى فوهبها رسولُ الله ﷺ لحسان بن ثابت، وهي أمُّ عبد الرحمن بن حسان.
ومن أحاديث الباب ما أخرجه مسلمٌ في الجهاد والسير، باب: التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى (١٧٥٥) عن سلمة بن الأكوع قال: غَزَونا فَزارةَ وعلينا أبو بكرٍ أمَّرَهُ رسولُ اللهِ ﷺ علينا، فلمَّا كان بيننا وبين الماءِ ساعةٌ أمَرَنا أبو بكر فعَرَّسنا، ثمَّ شَنَّ الغارَةَ، فوَرَدَ الماءَ فقتَلَ مَنْ قَتَلَ عليه وسَبَى، وأنظُرُ إلى عُنُقٍ من النَّاس فيهم الذَّراريُّ، فخشيتُ أن يَسبِقُوني إلى الجبلِ فَرَميتُ بِسَهمٍ بينهم وبين الجبلِ، فلمَّا رأوا السَّهمَ وَقَفوا، فجئتُ بهم أسوقُهُم، وفيهم امرأةٌ من بني فَزارةَ عليها قَشْعٌ من أدَمٍ - قال: القَشْعُ: النِّطعُ - معها ابنةٌ لها من أحسَنِ العربِ، فسُقتُهُم حتَّى أتيتُ بهم =

باب الإقالة

الإقالةُ جائزةٌ في البيعِ بِمِثلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ، فإنْ شَرَطا أكثَرَ منهُ أو أقَلَّ، فالشَّرطُ باطلٌ، ويَرُدُّ مِثلَ الثَّمنِ الأوَّل، ....

(باب الإقالة[1])

(الإقالةُ جائزةٌ في البيعِ بِمِثلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ[2])؛ لقوله ﷺ: «مَن أقالَ نادِماً بَيعَتَهُ أقالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يومَ القيامة»[3]، ولأنَّ العقدَ حقُّهما فَيملِكانِ رَفعَهُ دَفعاً لحاجَتِهما، (فإنْ شَرَطا أكثَرَ منهُ أو أقَلَّ[4]، فالشَّرطُ باطلٌ[5]، ويَرُدُّ مِثلَ الثَّمنِ الأوَّل).

والأصلُ[6]: أنَّ الإقالةَ فسخٌ في حقِّ المُتعاقِدَينِ، بيعٌ جديدٌ في حقِّ غَيرِهما[7]،

= أبا بكر، فنَفَلَني أبو بكر ابنَتَها، فقَدِمنا المدينةَ وما كشفتُ لها ثوباً، فلقيني رسولُ الله ﷺ في السُّوقِ فقال: «يا سلَمَةُ هَبْ لي المرأةَ»، فقلت: يا رسول الله، والله لقد أعجبتني وما كشفتُ لها ثوباً، ثمَّ لقيني رسولُ الله ﷺ من الغدِ في السُّوقِ فقال لي: «يا سلَمَةُ هَبْ لي المرأةَ، لله أبوك»، فقلت: هي لك يا رسولَ اللهِ، فوالله ما كشفتُ لها ثوباً، فبَعَثَ بها رسولُ الله ﷺ إلى أهلِ مكَّة ففَدَى بها ناساً من المسلمين كانوا أسِرُوا بمكَّة.

(١) «الإقالة» مصدر أقاله، وربَّما قالوا: قالَهُ البيعَ، بغير ألف، وهي لغة قليلة. مختار، وهي لغة: الرَّفع، وشرعاً: رفعُ العقد. جوهرة.

(٢) بمثل الثَّمن الأوَّل جنساً وقَدراً.

(٣) أخرج ابن ماجه في التجارات، باب: الإقالة (٢١٩٩)، وأبو داود في الإجارة، باب: في فضل الإقالة (٣٤٦٠)، والحاكم (٢/ ٥٢) (٢٢٩١) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن أقال مُسلِماً أقالَ اللهُ عَثرتَهُ»، وقال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٤) أي: أقلَّ من الثَّمن الأول، إلَّا إذا حَدَث في المبيع عيبٌ عند المشتري، فإنَّها تصحُّ بالأقلِّ. اللباب.

(٥) أي: وعقدُ الإقالة قائمٌ.

(٦) يعني: في لُزُوم الثَّمنِ الأوَّلِ، حتَّى يبطُلُ الأقَلُّ والأكثرُ. فتح.

(٧) لذا لو كان المبيعُ عقاراً، فسَلَّمَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثمَّ تقايلاً، يُقضَى له بالشُّفعة؛ لكونه بيعاً جديداً في حقِّه، فكأنَّ البائعَ اشترى العقار المشتري. وثمَّةَ أربع مسائل أخرى تترتب على كون الإقالة بيعا في حقِّ ثالث، ذكرها في البحر، فلتنظر.

إلَّا أن لا يُمكِنَ جَعلُه فَسخاً[1] فَتبطُلَ، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو بيعٌ إلَّا أنْ لا يُمكِنَ جَعلُهُ بيعاً[2]، فَيُجعَلَ فسخاً، إلَّا أن لا يُمكِنَ فَتبطُلَ[3].

وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو فسخٌ، إلَّا إذا تعذَّرَ جَعلُهُ فسخاً، فَيُجعَلُ بيعاً، إلَّا أنْ لا يُمكِنَ فتبطُلَ.[4]

لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ اللَّفظَ لِلفَسخِ والرَّفعِ، ومنه يقال: «أقِلْني عَثَراتي»[5] فَيُوفَّرُ عليه قضيَّتُه[6]، وإذا تَعذَّرَ يُحمَلُ على مُحتَمَلِهِ، وهو البيعُ، ألا ترى أنَّه بيعٌ في حقِّ الثَّالثِ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه[7] مبادلةُ المالِ بالمالِ بالتَّراضي، وهذا هو حدُّ البيعِ، ولهذا يَبطُلُ بهلاكِ السِّلعةِ[8]، ويُرَدُّ بالعيبِ[9]، وتَثبُتُ به الشُّفعةُ، وهذه أحكامُ البيعِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ اللَّفظَ يُنبئُ عن الرَّفعِ والفَسخِ كما قلنا، والأصلُ إعمالُ الألفاظِ في مُقتَضياتِها الحقيقيَّةِ، ....

---

(١) وذلك كأن تَلِدَ المَبيعةُ بعدَ القبضِ، وكما إذا كان المبيع عَرَضاً بالدَّراهم، فهلك، فتبطُل الإقالة.

(٢) وذلك بأن تقع الإقالةُ قبلَ القَبضِ في مَبيعٍ مَنقولٍ، فَيُجعَل عقدُ الإقالةِ فسخاً.

(٣) أي: إلَّا أن يتعذَّرَ كونُها بيعاً وفَسخاً، كما لو كان المبيعُ عَرَضاً بالدَّراهم، فتقايلا بعدَ هلاكِ العَرَضِ، فحينئذٍ تَبطُلُ.

(٤) أي: قولُ محمد على القلب من قول أبي يوسف.

(٥) بمعنى: أسقِطْ أثَرَها باعتبارها عَدَماً بعد وُجودِها، وهو المرادُ بالفَسخِ، إذ حقيقتُهُ رَفْعُ الواقعِ عن أن يكونَ واقعاً غيرَ مُمكِنٍ، بعد الدُّخول في الوجود. فتح.

(٦) أي: يترتَّبُ على اللَّفظِ ما اقتضاه من موضوعه اللُّغويِّ، وقضيَّةُ لفظ الإقالةِ ههنا الفسخُ والرَّفعُ، فيجعل فسخاً.

(٧) أي: عقدُ الإقالة.

(٨) أي: يبطل عقد الإقالة بهلاك المبيع بعد الإقالةِ قبلَ الرَّدِّ.

(٩) يعني: يملكُ الذي كان بائعاً الرَّدَّ بالعيبِ الحادثِ عند المشتري.

ولا يَحتمِلُ ابتداءَ العقدِ[1] لِيُحمَلَ عليه عند تعذُّرِه؛ لأنَّه ضِدُّه، واللَّفظُ لا يَحتمِلُ ضِدَّه، فتعيَّنَ البُطلانُ.

وكونُهُ بيعاً في حقِّ الثَّالثِ أمرٌ ضروريٌّ[2]؛ لأنَّه يَثبتُ به مِثلُ حُكمِ البيع، وهو المِلكُ، لا مُقتَضَى الصِّيغةِ، إذ لا ولايةَ لهما على غيرهما[3].

إذا ثَبَتَ هذا[4] نقولُ: إذا شَرَطَ الأكثرَ فالإقالةُ على الثَّمنِ الأوَّلِ؛ لِتَعذُّر الفَسخ على الزِّيادةِ، إذْ رَفْعُ ما لم يكنْ ثابتاً مُحالٌ، فيبطُلُ الشَّرطُ؛ لأنَّ الإقالةَ لا تبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ، بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ الزِّيادةَ يُمكِن إثباتُها [5]في العقدِ فيتحقَّقُ الرِّبا، أما[6] لا يُمكِن إثباتُها في الرَّفعِ.

وكذا إذا شَرَطَ الأقلَّ لِما بيَّنَّاه[7]، إلَّا أن يَحدُثَ في المَبيع عَيبٌ فحينئذٍ جازتِ الإقالةُ بالأقلِّ؛ لأنَّ الحَطَّ يُجعَلُ بإزاءِ ما فات بالعيب.

وعندهما في شَرطِ الزِّيادةِ يكون بيعاً؛ لأنَّ الأصلَ هو البيعُ عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ،

---

(1) هذا جواب عن قول محمد: «فإذا تعذَّر يحمل على مُحتَمَله»، وتقريره: لا يمكنُ أن يُجعل لفظُ الإقالة مجازاً عن ابتداء العقد - أي: عن البيع - لِيُحمل عليه عند تعذُّر الفسخ؛ لأنَّ ابتداءَ البيع ضدُّ الرَّفعِ، واللَّفظُ لا يحتملُ ضدَّه، أي: لا يكون مجازاً لضدِّه، فتعيَّنَ بطلانُ الإقالةِ عند تعذُّرِ جَعلِها فَسخاً.

(2) هذا جواب عن إيراد، تقريره: الإقالة بيع جديدٌ في حقِّ ثالث، فلو لم يحتمل لفظُ الإقالة البيعَ، لم يكن ذلك.

(3) أي: كونُ الإقالةِ بيعاً في حقِّ ثالثٍ لم يَثبُتْ بطريقِ المَجاز، وإنَّما ثبتَ بطريقِ الضَّرورةِ؛ لأنَّ الثَّابتَ بالمجاز ثابتٌ بمقتضى الصِّيغة، وهذا ليس كذلك.

(4) أي: إذا ثبت هذا الخلاف في هذا الأصل.

(5) يعني: يمكن إثباتُ الزِّيادة في عقدِ البيعِ، كمن باع درهما بدرهمين، فيتحقَّق الرِّبا في عقد البيع، فيكون العقد فاسداً، فيقبل الفسخ.

(6) قوله: «أما» بمعنى لكن، أي: لكن الزِّيادة في عقد الإقالة لا تثبت، وبالتالي لا تقبل الفسخ، فتصحُّ بالثَّمنِ الأوَّل وتبطُلُ الزِّيادة.

(7) من أنَّه شَرطٌ فاسدٌ فيبطُلُ هو ويثبُتُ قدرُ الأوَّل. فتح.

وهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ صِحَّةَ الإقالةِ، وهَلاكُ المَبيعِ يَمْنَعُ منها. ....

وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ جَعْلُه بيعاً مُمكِنٌ[1]، فإذا زاد كان قاصداً بهذا ابتداءَ البيعِ.

وكذا في شَرطِ الأقلِّ عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه[2] هو الأصل عنده، وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو فسخٌ بالثَّمن الأوَّل، لأنَّه لا سكوتٌ عن بعضِ الثَّمنِ الأوَّل، ولو سَكَتَ عن الكلِّ وأقالَ يكون فَسخاً، فهذا أولى، بخلاف ما إذا زاد[3]، وإذا دخَلَه عيبٌ فهو فَسخٌ بالأقلِّ؛ لِما بيَّنَّاه[4].

ولو أقالَ بِغَيرِ جنسِ الثَّمنِ الأوَّلِ[5]، فهو فَسخٌ بالثَّمنِ الأوَّلِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ويجعلُ التَّسميةَ لغواً، وعندهما: بيعٌ لِما بيَّنَّا[6].

ولو وَلَدَتِ المَبيعةُ وَلَداً، ثمَّ تَقايلا، فالإقالةُ باطلةٌ عنده؛ لأنَّ الوَلَدَ مانِعٌ من الفَسخِ[7]. وعندهما: تكونُ بيعاً.

والإقالةُ قبلَ القَبضِ في المَنقولِ وغَيرِهِ فسخٌ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ ومحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وكذا عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في المنقولِ لِتَعذُّرِ البيعِ، وفي العَقارِ يكونُ بيعاً عنده لإمكانِ البيعِ، فإنَّ بيعَ العَقارِ قبلَ القَبضِ جائزٌ عنده.

قال: (وهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ صِحَّةَ الإقالةِ، وهَلاكُ المَبيعِ يَمْنَعُ منها)؛ لأنَّ رَفْعَ البيعِ يَستدعي قِيامَهُ، وهو قائمٌ بالمبيعِ دونَ الثَّمنِ.

---

(١) أي: لمَّا تعذَّر الفسخُ على الزِّيادة جُعِل بيعاً.

(٢) أي: البيع.

(٣) حيث يُجعَل بيعاً عند محمد. بناية.

(٤) يعني: من أنَّ الحَطَّ يُجعلُ بإزاء ما فاته من العيب. بناية.

(٥) بأن كان الثمنُ الأوَّلُ دراهم، فأقال على دنانير تبلُغُ قيمَتُها قَدْرَها.

(٦) من أنَّه عند أبي يوسف بيعٌ، وعند محمد: إذا تعذَّر جَعْلُه فسخاً جُعِلَ بيعاً. فتح.

(٧) هذا إذا ولَدَتْ بعد القبضِ، أمَّا إذا وَلَدَت قبلَهُ فالإقالةُ صحيحةٌ عنده.

فإنْ هَلَكَ بعضُ المَبيعِ جازَتِ الإقالةُ في الباقي.

(فإنْ هَلَكَ بعضُ المَبيعِ جازَتِ الإقالةُ في الباقي)؛ لقيامِ البيعِ فيه.

وإن تَقَايَضا[1] تجوزُ الإقالةُ بعدَ هلاكِ أحدِهما، ولا تبطُلُ بهَلاكِ أحدهما[2]؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما مَبيعٌ فكان البيعُ باقياً. والله أعلم بالصواب.

---

(١) أي: لو عقدا عقدَ المقايضةِ، وهي: بيعُ عَينٍ بعينٍ، كأن تبايعا عبداً بجارية، فهلَكَ العبدُ في يدِ بائعِ الجارية، ثمَّ أقالا البيعَ في الجاريةِ، وجَبَ ردُّ قيمةِ العبدِ.

(٢) أي: لا تبطل الإقالةُ بعد وُجودِها بهلاكِ أحدِهما. أمَّا إذا كان أحَدُهما هالكاً وقتَ الإقالةِ والآخَرُ قائماً وصَحَّتِ الإقالةُ، ثمَّ هلك القائمُ قبلَ الرَّدِّ، فقد بطلَتِ الإقالةُ.
وإنَّما قيَّدَ بهلاك أحَدِهما؛ لأنَّ هلاكَهُما جميعاً مُبطِلٌ للإقالة في الصورتين. عناية بتصرف.

باب المرابحة والتولية

المُرابَحَةُ: نَقْلُ ما مَلَكَهُ بالعَقْدِ الأوَّلِ بِالثَّمَنِ الأوَّلِ مَعَ زيادةِ رِبْحٍ. والتَّوْلِيَةُ: نَقْلُ ما مَلَكَهُ بِالعَقْدِ الأوَّلِ بِالثَّمَنِ الأوَّلِ مِنْ غَيرِ زِيادةِ رِبْحٍ. ولا تَصِحُّ المُرابَحَةُ والتَّوليةُ حتَّى يَكونَ العِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثلٌ. ....

(باب المرابحة والتولية)

قال: (المُرابَحَةُ: نَقْلُ ما مَلَكَهُ بالعَقْدِ الأوَّلِ بِالثَّمَنِ الأوَّلِ مَعَ زيادةِ رِبْحٍ).

(والتَّولِيَةُ: نَقْلُ ما مَلَكَهُ بِالعَقْدِ الأوَّلِ بِالثَّمَنِ الأوَّلِ مِنْ غَيرِ زِيادةِ رِبْحٍ).

والبَيعانِ جائزانِ؛ لاستجماعِ شَرائطِ الجَوازِ[1]، والحاجَةُ ماسَّةٌ إلى هذا النَّوعِ من البيعِ؛ لأنَّ الغَبِيَّ الذي لا يَهتدي في التِّجارةِ يَحتاجُ إلى أنْ يَعتَمِدَ فِعْلَ الذَّكيِّ المُهتدِي، وتَطيبُ نفسُهُ بِمِثْلِ ما اشترى وبزيادةِ رِبْحٍ، فوَجَبَ القولُ بِجَوازِهِما، ولهذا كان مَبناهما على الأمانةِ والاحترازِ عن الخيانةِ وعن شُبْهَتِها.

وقد صَحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ لمَّا أراد الهِجرةَ ابتاعَ أبو بكرٍ رضي الله عنه بَعيرينِ فقال له النَّبيُّ ﷺ: «وَلِّني أحَدَهما»، فقال: هو لَكَ بغير شيءٍ، فقال ﷺ: «أمَّا بغيرِ ثَمنٍ فَلا»[2].

قال: (ولا تَصِحُّ المُرابَحَةُ والتَّوليةُ حتَّى يَكونَ العِوَضُ[3] مِمَّا لَهُ مِثلٌ[4])؛ لأنَّه إذا

---

(١) من كون البائعين حرَّين عاقلين بالغين.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ٣١): غريب، وروى عبد الرزاق في مصنَّفه عن سعيد بن المُسيِّب عن النَّبيِّ ﷺ، قال: «التَّوليةُ والإقالةُ سواءٌ، لا بأس به».

وحديثُ أبي بكر في البخاري كتاب فضائل الصَّحابة، باب: هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة (٣٦٩٢) من حديث عائشة، وفيه: أنَّ أبا بكر قال للنَّبيِّ ﷺ: خُذْ بأبي أنتَ وأمِّي يا رسول الله إحدى راحِلَتَي هاتين، فقال ﷺ: «بالثَّمن» الحديث. وليس فيه غيرُ ذلك.

(٣) يعني: الثَّمن.

(٤) كالنَّقدين والحِنطَةِ والشَّعير وما يُكالُ ويُوزَنُ والعَدديِّ المُتقارِب، بخلاف غيرِ المُتقارِب كالبِطِّيخ والرُّمان ونحوهما. فتح.

ولو كانَ المُشتري باعَهُ مُرابَحَةً مِمَّنْ يَملِكُ ذلكَ البَدَلَ، وقد باعَهُ بِربحِ دِرهَم، أو بِشَيءٍ مِنَ المَكيلِ مَوصُوفٍ جازَ، وإنْ باعَهَ بِرِبحِ دَهْ يازْدَهْ لا يَجُوزُ. ويَجُوزُ أن يُضِيفَ إلى رأسِ المالِ أُجرةَ القَصَّارِ والطَّرَّازِ والصِّبغِ والفَتْلِ وأُجرَةَ حَمْلِ الطَّعامِ، ويقولُ: «قامَ علَيَّ بكذا»، ولم يَقُلْ: «اشتريتُهُ بكذا»، ....

لم يكنْ له مِثلٌ[1]، لو مَلَكه مَلَكَهُ بالقيمةِ، وهي مَجهولةٌ.

(ولو كانَ المُشتري باعَهُ مُرابَحَةً مِمَّنْ يَملِكُ ذلكَ البَدَلَ، وقد باعَهُ بِربحِ دِرهَم، أو بِشَيءٍ مِنَ المَكيلِ مَوصُوفٍ جازَ)[2]؛ لأنَّه يَقدِر على الوفاء بما التزَمَ. (وإنْ باعَهَ بِرِبحِ دَهْ يازْدَهْ[3] لا يَجُوزُ)؛ لأنَّه باعه برأس المالِ وبِبَعضِ قيمتِهِ؛ لأنَّه ليس من ذواتِ الأمثال.

(ويَجُوزُ أن يُضِيفَ إلى رأسِ المالِ أُجرةَ القَصَّارِ والطَّرَّازِ والصِّبغِ والفَتْلِ وأُجرَةَ حَمْلِ الطَّعامِ)؛ لأنَّ العُرفَ جارٍ بإلحاقِ هذه الأشياءِ برأس المالِ في عادةِ التُّجّارِ؛ ولأنَّ كلَّ ما يَزِيدُ في المَبيعِ أو في قيمتِهِ، يُلحَقُ به، هذا هو الأصلُ، وما عَدَدناهُ بهذه الصِّفةِ؛ لأنَّ الصِّبغَ وأخواتِهِ يَزِيدُ في العَينِ، والحَمْلَ يَزِيدُ في القيمةِ؛ إذ القيمةُ تَختلِفُ باختلافِ المكان.

(ويقولُ: «قامَ علَيَّ بكذا»، ولم يَقُلْ: «اشتريتُهُ بكذا») كي لا يكونَ كاذباً.

وسَوقُ الغَنمِ بمنزلةِ الحَملِ، بخلاف أُجرةِ الرَّاعي وكِراءِ بَيتِ الحِفْظِ؛ لأنَّه لا يَزِيدُ في العَينِ والمَعنى، وبخلاف أُجرةِ التَّعليمِ؛ لأنَّ ثُبوتَ الزِّيادةِ لمعنى فيه، وهو حَذاقَتُه.

---

(١) بأن اشترى ثوباً بعبدٍ مُقايَضَةً مثلاً، لو رابَحَه أو وَلَّاه إيَّاه، كان بيعاً بقيمةِ عبدٍ صِفَتُه كذا أو بقيمةِ عبدٍ ابتداءً، وهي مجهولةٌ، وذلك معلومٌ أنَّه لا يجوز. فتح.

(٢) رجل باع عبداً بثوبٍ، وملك ذلك الثوبَ غيرُهُ من البائع بسبب من الأسباب، وذلك الغير الذي في يده الثَّوبُ يشتري هذا العبدَ بذلك الثَّوبِ بربح درهم، أو مكيلٍ معيَّنٍ، جاز.

(٣) لفظ «دَهْ» معناه عشرة بالفارسية، و«ياز دَهْ» معناه أحد عشر. وعليه المعنى: أنَّ كلَّ عشرة دراهم تربح درهماً، فإن كان الثَّمن عشرين كان الرِّبحُ بزيادة درهمين، وهكذا.

فإنِ اطَّلَعَ المُشتري على خِيانةٍ في المُرابحةِ، فهو بالخيارِ عند أبي حنيفة، إنْ شاءَ أخَذَهُ بِجَميعِ الثَّمنِ، وإن شاءَ تَرَكَهُ. وإنِ اطَّلَعَ على خيانةٍ في التَّوليةِ أسقَطَها مِنَ الثَّمنِ، وقال أبو يوسف: يَحُطُّ فيهما، وقال محمد: يُخَيَّرُ فيهما. ....

(فإنِ اطَّلَعَ المُشتري على خِيانةٍ في المُرابحةِ، فهو بالخيارِ عند أبي حنيفة، إنْ شاءَ أخَذَهُ بِجميعِ الثَّمنِ، وإن شاءَ تَرَكَهُ. وإنِ اطَّلَعَ على خيانةٍ في التَّوليةِ أسقَطَها مِنَ الثَّمنِ. وقال أبو يوسف: يَحُطُّ فيهما، وقال محمد: يُخَيَّرُ فيهما).

لمحمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الاعتبارَ لِلتَّسمية؛ لِكونِها معلومةً، والتَّوليةُ والمُرابحةُ ترويجٌ وترغيبٌ، فيكونُ[1] وَصْفاً مَرغُوباً فيه، كَوَصْف السَّلامةِ[2]، فَيتخيَّرُ بِفواتِهِ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الأصلَ فيه[3] كَونُهُ توليةً ومُرابَحَةً، ولهذا يَنعقِدُ بقوله: «وَلَّيتُكَ بالثَّمن الأوَّل»، أو «بِعتُكَ مُرابحَةً على الثَّمنِ الأوَّل» إذا كان ذلك مَعلوماً، فلا بدَّ من البناء على الأوَّل، وذلك بالحَطِّ، غيرَ أنَّه يَحُطُّ في التَّوليةِ قَدْرَ الخيانةِ من رأسِ المالِ، وفي المُرابحةِ منه ومِنَ الرِّبح[4].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه لو لم يَحُطَّ في التَّوليةِ لا تَبقَى توليةً؛ لأنَّه يزيدُ على الثَّمنِ الأوَّلِ، فَيتغيَّرُ التَّصرُّفُ، فتَعيَّنَ الحَطُّ. وفي المُرابحةِ لو لم يَحُطَّ تبقى مرابحةً، وإن كان يَتفاوَتُ الرِّبحُ فلا يَتغَيَّرُ التَّصرُّفُ فأمكَنَ القولُ بالتَّخيير.

فلو هَلَك قبل أن يَردَّه، أو حَدَث فيه ما يَمنَعُ الفَسخَ، يَلزَمُهُ جميعُ الثَّمنِ في الرِّواياتِ الظَّاهرةِ؛ لأنَّه مجرَّدُ خيارٍ لا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمنِ، كخيار الرُّؤيةِ والشَّرطِ[5]، ....

---

(١) أي: ذِكرُ التَّولية والمرابحةِ.

(٢) أي: كوصفِ السَّلامة في المبيع.

(٣) أي: في عقد المرابحةِ والتَّوليةِ.

(٤) أي: على نسبته، حتَّى لو رابَحَ في ثوبٍ على عشرةٍ بخمسةٍ، فظَهَر أنَّ الثَّوبَ بثمانيةٍ، يَحُطُّ ثلاثةَ دراهم من الثَّمن، درهمين من رأس المال، ومن الرِّبح خُمُسَه، وهو درهم. فتح.

(٥) وفيهما يلزمُهُ تمامُ الثَّمنِ قبلَ الفَسخِ، فكذا هنا، وهو المشهورُ من قول محمد. فتح.

وَمَنِ اشتَرَى ثَوباً فَباعَهُ بِربحٍ ثُمَّ اشتراهُ، فإنْ باعَهُ مُرابَحَةً طَرَحَ عنه كُلَّ رِبْحٍ كان قبلَ ذلك، فإنْ كانَ استَغرَقَ الثَّمَنَ لم يَبِعْهُ مُرابَحَةً، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يَبيعُهُ مُرابحَةً على الثَّمنِ الأخيرِ. ....

بخلاف خيارِ العَيبِ؛ لأنَّه[1] المُطالَبَةُ بِتَسليمِ الفائتِ، فَيسقطُ ما يُقابِلُهُ عندَ عَجزِهِ[2].

قال: (وَمَنِ اشتَرَى ثَوباً فَباعَهُ بِربحٍ ثُمَّ اشتراهُ[3]، فإنْ باعَهُ مُرابَحَةً طَرَحَ عنه كُلَّ رِبْحٍ كان قبلَ ذلك، فإنْ كانَ[4] استَغرَقَ الثَّمَنَ لم يَبِعْهُ مُرابَحَةً، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يَبيعُهُ مُرابحَةً على الثَّمنِ الأخيرِ).

صورته: إذا اشترى ثوباً بِعَشَرةٍ وباعَهُ بخمسةَ عشَرَ، ثمَّ اشتراه بعشَرَةٍ، فإنَّه يَبيعُهُ مرابحةً بخمسَةٍ ويقول: «قام عليَّ بخمسةٍ»، ولو اشتراه بعشرةٍ وباعَهُ بعشرين مُرابحَةً، ثمَّ اشتراه بعشرةٍ، لا يَبيعُهُ مرابحةً أصلاً[5].

وعندهما: يَبيعُهُ مُرابَحَةً على العشرةِ في الفَصلين.

لهما: أنَّ العقدَ الثاني عقدٌ مُتجدِّدٌ مُنقطِعُ الأحكامِ عن الأوَّل، فيجوزُ بناءُ المُرابحةِ عليه، كما إذا تَخلَّلَ ثالثٌ[6].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ شبهةَ حُصولِ الرِّبحِ بالعقد الثَّاني ثابتةٌ[7]؛ لأنَّه يتأكَّدُ به

---

(١) أي: خيار العيب.

(٢) أي: يسقط ما يقابلُ العيبَ من الثَّمنِ عند عجزِ المشتري عن تسليم المبيع.

(٣) أي: مِن الذي باعه منه بمثل ما باعه.

(٤) أي: الرِّبحُ.

(٥) إلَّا أن يُبيِّن فيقول: هذا كنتُ بِعتُه فَرِبحتُ فيه عشرةً، ثمَّ اشتريتُه بعشَرَةٍ، وأنا أبيعُهُ بربحِ كذا على هذه العَشَرة. فتح.

(٦) بأن اشترى بعشرةٍ مِمَّن اشترى من المشتري منه بعشرين.

(٧) أي: شبهةُ حصولِ الرِّبح الحاصِلِ بالعقد الأوَّل ثابتةٌ بالعقدِ الثاني؛ لأنَّه كان على شَرَف السُّقوطِ، بأن يُرَدَّ عليه بعيبٍ، فإذا اشتراه من المشتري تأكَّدَ ما كان على شَرفِ السُّقوط، وإذا كانت شبهةُ الحصول =

وإذا اشترى العبدُ المَأذونُ له في التِّجارةِ ثَوباً بِعَشَرةٍ، وعليه دَينٌ يُحيطُ بِرَقَبَتِهِ، فباعَهُ مِنَ المَولَى بِخَمسَةَ عشَرَ، فإنَّه يَبيعُهُ مُرابَحَةً على عَشَرةٍ، وكذلكَ إنْ كان المَولَى اشتراهُ فَباعَهُ مِنَ العَبدِ. ....

بعدما كان على شَرَفِ السُّقوطِ بالظُّهورِ على عيبٍ، والشُّبهةُ كالحقيقةِ في بيعِ المرابحةِ احتياطاً، ولهذا لم تَجُزِ المرابحةُ فيما أُخِذ بالصُّلحِ[1] لِشُبهةِ الحَطيطةِ، فيصيرُ كأنَّه اشترى خمسةً وثوباً بعشرةٍ، فيَطْرَحُ عنه خمسةً، بخلافِ ما إذا تخلَّلَ ثالثٌ؛ لأنَّ التَّأكيد حصَلَ بغيره.

قال: (وإذا اشترى العبدُ المَأذونُ له في التِّجارةِ ثَوباً بِعَشَرةٍ، وعليه دَينٌ يُحيطُ بِرَقَبَتِهِ، فباعَهُ مِنَ المَولَى بِخَمسَةَ عشَرَ، فإنَّه[2] يَبيعُهُ مُرابَحَةً على عَشَرةٍ، وكذلكَ إنْ كان المَولَى اشتراهُ فَباعَهُ مِنَ العَبدِ[3])؛ لأن في هذا العقدِ[4] شُبهةَ العَدَمِ لِجَوازِهِ مع المُنافي، فاعتُبِر عَدَماً في حُكمِ المُرابحةِ، وبقي الاعتبارُ للأوَّلِ، فيصيرُ كأنَّ العبدَ اشتراه لِلمَولَى بعشَرَةٍ في الفَصْلِ الأوَّل، وكأنَّه يَبيعُهُ لِلمَولَى في الفَصْلِ الثَّاني، فَيُعتَبَرُ الثَّمنُ الأوَّل.

= ثابتةً صار كأنَّه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخمسةَ دراهم بعشرةٍ، فالخمسةُ بإزاءِ الخمسةِ والثَّوبُ بخمسةٍ، فيبيعُهُ مرابحةً على خمسةٍ احترازاً عن شبهة الخيانة، فإنَّها كحقيقتها احتياطاً في بيع المرابحة. عناية بتصرف.

(١) صورته: لرجلٍ على آخر عشَرَةُ دراهم، فصالَحه منها على ثوبٍ، لا يبيعُ الثَّوبَ مرابحةً على العشرةِ؛ لأنَّ الصُّلح مبناهُ على التَّجوُّز والحطيطةِ.

(٢) أي: المَولَى.

(٣) أي: وكذلك إن كان المولى اشترى الثَّوبَ بعشَرَةٍ، وباعَهُ من العبد بخمسَةَ عشرة، باعَهُ العبدُ مرابحةً على عشرة.

(٤) قوله: «لأنَّ في هذا العقد ...» إلخ، أي: لأنَّ في بيعِ العبدِ من المولى، وعكسِهِ شبهةَ عدمِ جواز البيع، لا حقيقةَ عدمِ الجوازِ، وذلك لأنَّ هذا العقدَ جازَ مع وُجودِ المنافي له، وهو كونُ العبدِ مِلكاً للمولى، فصار كأنَّه باع مِلكَ نفسه من نفسه، وكذا في الشِّراء، فاعتُبِر العقد كأن لم يكن في حكم المرابحة ...

وإذا كان مع المُضارِبِ عَشَرَةُ دراهِمَ بالنِّصف، فاشترى ثوباً بِعَشَرَةٍ، وباعَهُ من رَبِّ المالِ بِخَمسَةَ عشَر، فإنَّه يَبيعُهُ مُرابَحَةً باثني عشَرَ ونِصْفٍ. ومَنِ اشترى جاريةً فاعوَّرَتْ، أو وَطِئَها وهي ثَيِّبٌ، يَبيعُها مُرابَحَةً ولا يُبيِّنُ، ....

قال: (وإذا كان مع المُضارِبِ عَشَرَةُ دراهِمَ بالنِّصف[1]، فاشترى ثوباً بِعَشَرَةٍ، وباعَهُ من رَبِّ المالِ بِخَمسَةَ عشَر، فإنَّه[2] يَبيعُهُ مُرابَحَةً باثني عشَرَ ونِصْفٍ)؛ لأنَّ هذا البيعَ[3] وإنْ قُضِي بِجَوازِهِ عندنا عندَ عَدَمِ الرِّبح - خِلافاً لزفر رَحِمَهُ اللهُ - مع أنَّه[4] اشترى مالَهُ بمالِهِ؛ لِما[5] فيه من استفادَةِ وِلايةِ التَّصرُّفِ[6]، وهو مقصودٌ، والانعقادُ يَتْبَعُ الفائدةَ، ففيه شُبهةُ العَدَمِ[7]؛ ألا ترى أنَّه[8] وكيلٌ عنه في البيعِ الأوَّلِ من وجهٍ، فاعتُبِرَ البيعُ الثَّاني[9] عدَماً في حقِّ نصفِ الرِّبح.

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً فاعوَّرَتْ[10]، أو وَطِئَها وهي ثَيِّبٌ، يَبيعُها مُرابَحَةً ولا يُبيِّنُ)؛ لأنَّه لم يَحتبِسْ عنده شيئاً يُقابِلُه الثَّمن؛ لأنَّ الأوصافَ تابعةٌ لا يُقابِلُها ....

---

(١) أي: والاتِّفاق على أنَّ الرِّبح مناصفَةً.

(٢) أي: ربُّ المال.

(٣) أي: بيعُ المضارب من ربِّ المال، وبيعُ ربِّ المال من المضارب، يجوزُ عندنا وإن خلا من الرِّبح، خلافاً لزفر فإنَّه لا يُجيزُه إلَّا بربحٍ.

(٤) أي: ربُّ المال.

(٥) دليلُ جَوازِ قولِهِ: «قُضِي بجوازه ...».

(٦) أي: ربُّ المال لمَّا سلَّم المالَ إلى المُضارب انقطَعَتْ ولايتُهُ عن مالِهِ في التَّصرُّفِ فيه، فبالشِّراء من المُضارب يحصُلُ له وِلايةُ التَّصرُّفِ، وهو مقصودٌ.

(٧) جواب قوله: «وإن قُضِي بجوازه»، أي: هذا البيعُ وإن قُضِي بجوازه ففيه شبهةُ العَدَم. ثمَّ بيَّن المصنِّف وجهَ كونِ هذا البيع فيه شبهةُ العدم، فقال: ألا ترى ...

(٨) أي: ألا ترى أنَّ المضاربَ وكيلٌ عن ربِّ المال ...

(٩) يعني: لمَّا كان فيه شبهةُ العدَمِ اعتُبِر البيعُ الثاني عدَماً. بناية.

(١٠) أي: من غير صُنعِ أحدٍ، بل بآفةٍ سماويَّة، أو بِصُنعها بِنفسِها. فتح.

فَأَمَّا إذا فَقَأَ عَيْنَها بِنَفسِهِ، أو فَقَأَها أجنبيٌّ فَأَخَذَ أَرْشَها، لم يَبِعْها مُرابَحَةً حتَّى يُبيِّنَ. ولوِ اشترى ثوباً فأصابَهُ قَرْضُ فأرٍ، أو حَرْقُ نارٍ، يَبيعُهُ مُرابَحَةً من غيرِ بَيانٍ، ولو تَكَسَّرَ بِنَشرِهِ وطَيِّهِ، لا يَبيعُهُ مُرابحَةً حتَّى يُبيِّنَ. ومَنِ اشترى غلاماً بألفِ درهمٍ نَسيئةً، فباعَهُ بِرِبحِ مِائةٍ، ولم يُبيِّنْ، فَعَلِمَ المُشتري: فإنْ شاءَ رَدَّهُ، وإنْ شاءَ قَبِلَ، ....

الثَّمنُ[١]، ولهذا لو فاتَتْ قبلَ التَّسليمِ لا يَسقُطُ شيءٌ من الثَّمنِ، وكذا مَنافعُ البُضْعِ لا يُقابِلُها الثَّمنُ، والمسألةُ فيما إذا لم يُنقِصْها الوَطءُ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الفَصلِ الأوَّلِ[٢]: أنَّه لا يَبيعُ[٣] من غيرِ بَيانٍ، كما إذا احتَبَسَ بِفعلِهِ، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤].

(فَأَمَّا إذا فَقَأَ عَيْنَها بِنَفسِهِ، أو فَقَأَها أجنبيٌّ فَأَخَذَ أَرْشَها[٥]، لم يَبِعْها مُرابَحَةً حتَّى يُبيِّنَ)؛ لأنَّه صار مقصوداً بالإتلاف، فَيُقابِلُها شيءٌ من الثَّمن، وكذا إذا وَطِئَها وهي بِكرٌ لأنَّ العُذرَةَ جُزءٌ من العينِ يُقابِلُها الثَّمنُ وقد حَبَسَها.

(ولوِ اشترى ثوباً فأصابَهُ قَرْضُ فأرٍ، أو حَرْقُ نارٍ، يَبيعُهُ مُرابَحَةً من غيرِ بَيانٍ، ولو تَكَسَّرَ بِنَشرِهِ وطَيِّهِ، لا يَبيعُهُ مُرابحَةً حتَّى يُبيِّنَ)، والمعنى ما بيَّنَّاه.

قال: (ومَنِ اشترى غلاماً بألفِ درهمٍ نَسيئةً، فباعَهُ بِرِبحِ مِائةٍ، ولم يُبيِّنْ[٦]، فَعَلِمَ المُشتري: فإنْ شاءَ رَدَّهُ، وإنْ شاءَ قَبِلَ)؛ لأنَّ لِلأجَلِ شَبَهاً بالمَبيع؛ ألا يُرَى أنَّه يُزادُ

---

(١) أي: لا يُقابِلُها جزءٌ من الثَّمن.

(٢) وهو ما إذا اعوَّرتِ الجارية.

(٣) أي: لا يبيع مرابحةً.

(٤) قال النووي في الروضة (٣/ ١٩٠) الكتب العلمية: يجب في المرابحة الإخبارُ بالعيوبِ الحادثةِ في يده، سواءٌ حدَثَ العيبُ بآفةٍ سماويَّة، أو بجنايته، أو بجناية غيره، سواءٌ نقص العينُ أو القيمة. ولو اطَّلع على عيبٍ قديمٍ فرضي به، ذكره في المرابحة. اهـ انظر تتمَّته.

(٥) أخذُ الأرش ليس بقيد، لأنَّ الأجنبيَّ لمَّا فقأ العينَ وجب عليه ضمان الأرش، ووجوبُ ضمانِ الأرشِ سببٌ لأخذه، فأخَذَ حُكمَه. عناية بتصرف.

(٦) أنَّه اشتراه نسيئةً.

وإنِ استَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِألفٍ ومائةٍ، فإنْ كانَ وَلَّاهُ إيَّاهُ ولم يُبيِّنْ، رَدَّهُ إنْ شاءَ، وإنِ كان استَهْلَكَه، ثمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بألفٍ حالَّةٍ. ....

في الثَّمَن لأجلِ الأجَلِ، والشُّبهةُ في هذا مُلحَقَةٌ بالحقيقة[1]، فصار كأنَّه اشترى شَيئَينِ وباعَ أحَدَهما مُرابَحَةً بِثَمَنِهِما[2]، والإقدامُ على المُرابحةِ يُوجِبُ السَّلامةَ عن مِثْل هذه الخيانةِ، فإذا ظهَرَتْ يُخيَّرُ كما في العيب.

(وإنِ استَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِألفٍ ومائةٍ)؛ لأنَّ الأجَلَ لا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمن.

قال: (فإنْ كانَ وَلَّاهُ إيَّاهُ ولم يُبيِّنْ، رَدَّهُ إنْ شاءَ)؛ لأنَّ الخيانةَ في التَّوليةِ مِثْلُها في المُرابحةِ؛ لأنَّه[3] بناءٌ على الثَّمن الأوَّل. (وإنِ كان استَهْلَكَه، ثمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِألفٍ حالَّةٍ)؛ لِما ذكرناه[4].

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه[5] يَرُدُّ القيمةَ ويَستَرِدُّ كلَّ الثَّمن. وهو نظيرُ ما إذا استوفى الزُّيُوفَ مكانَ الجِيادِ، وعَلِمَ بعدَ الإنفاقِ[6]، وسيأتيك من بعدُ إن شاء الله تعالى[7].

وقيل: يُقوَّمُ بِثَمنٍ حالٍّ وبِثَمنٍ مُؤجَّلٍ، فَيَرجِعُ[8] بِفَضلِ ما بينهما.

---

(١) أي: والشُّبهةُ في باب المرابحة ملحَقَةٌ بحقيقةِ المَبيعِ احتياطاً. بناية.

(٢) وهذا خيانةٌ فيما إذا كان مَبيعاً حقيقةً، فإذا كان أحدُ الشَّيئين يُشبِهُ المَبيعَ يكون هذا شُبهةَ الخيانةِ، وشُبهةُ الخيانةِ مُلحَقَةٌ بالحقيقة في المرابحة. فتح.

(٣) لأنَّ عقدَ كلٍّ من المرابحة والتَّولية ...

(٤) أراد قوله: «لأنَّ الأجل لا يقابله شيءٌ من الثَّمن».

(٥) أي: المشتري.

(٦) أي: بأن كان له على آخر عشرةٌ جياد، فدفع له عوضاً عنها عشرةً زيوفاً، وبعد إنفاقِها عَلِم أنَّها زيوف، فإنَّه يردُّ زيوفاً مِثلَها ويأخذ الجياد.

(٧) انظر مسائل منثورة قبيل كتاب الصَّرف، ص (١٨٤).

(٨) أي: البائع.

وَمَنْ وَلَّى رجلاً شيئاً بِما قامَ عليه، ولَمْ يَعلَمِ المُشتري بكم قامَ عليه، فالبيعُ فاسِدٌ، فإنْ أعلَمَهُ البائعُ - يعني: في المجلس - فهو بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَهُ، وإنْ شاءَ تَرَكَهُ.

ولو لم يكنِ الأجَلُ مَشروطاً في العقدِ، ولكنَّهُ مُنجَّمٌ مُعتادٌ[1]، قيل: لا بدَّ من بيانه؛ لأنَّ المعروف كالمشروط، وقيل: يَبيعُهُ ولا يُبيِّنُه؛ لأنَّ الثَّمن حالٌّ.

قال: (ومَنْ وَلَّى رجلاً شيئاً بِما قامَ عليه، ولَمْ يَعلَمِ المُشتري بكم قامَ عليه، فالبيعُ فاسِدٌ)؛ لِجَهالةِ الثَّمن. (فإنْ أعلَمَهُ البائعُ - يعني: في المجلس - فهو بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَهُ، وإنْ شاءَ تَرَكَهُ)؛ لأنَّ الفسادَ لم يَتقرَّر، فإذا حصَلَ العِلمُ في المجلس، جُعِل كابتداءِ العقدِ، وصارَ كتأخيرِ القَبولِ إلى آخِرِ المجلسِ، وبعد الافتراقِ قد تقرَّرَ، فلا يَقبَلُ الإصلاحَ.

ونظيرُهُ بيعُ الشَّيءِ بِرَقْمِهِ[2] إذا عَلِمَ في المجلس، وإنَّما يَتخيَّر؛ لأنَّ الرِّضا لم يَتِمَّ قبلَهُ[3] لِعَدَمِ العِلْم، فَيَتخيَّرُ كما في خيار الرُّؤية[4].

---

(١) وذلك كعادة بعضِ البلادِ يُشترون بِنَقدٍ ويُسلِّمون الثَّمنَ بعد شَهرٍ، إمَّا جملةً أو مُنجَّماً. عناية.

(٢) المراد بـ«الرَّقْم» أن يكتب التَّاجرُ على السِّلعةِ ثَمَنَها. صورة المسألة: ان يقول البائع للمشتري: «بعتُكَ السِّلعةَ بالثَّمن المكتوب عليها»، والحالُ أنَّ البائع عالمٌ بالثَّمن، والمشتري جاهلٌ به، فإذا علم المشتري بالثَّمن في المجلس صحَّ العقدُ. انظر ص (٢٩).

(٣) أي: قبل معرفة مقدار الثَّمن.

(٤) فإنَّ الرِّضا لا يتمُّ قبل الرُّؤيةِ، فعند وجودها يتخيَّر.

فصل [فيما ينقل ويحول]

ومَنِ اشترى شيئاً مِمَّا يُنقَلُ ويُحوَّلُ، لم يَجُزْ له بَيْعُهُ حتَّى يَقبِضَهُ. ويَجوزُ بَيعُ العَقارِ قبلَ القَبضِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يَجوزُ. ....

(فصل [فيما ينقل ويحول][1])

(ومَنِ اشترى شيئاً مِمَّا يُنقَلُ ويُحوَّلُ، لم يَجُزْ له بَيْعُهُ حتَّى يَقبِضَهُ)؛ لأنَّه ﷺ «نهى عن بيعِ ما لم يُقبَض»[2]، ولأنَّ فيه غَرَرَ انفساخِ العقدِ على اعتبار الهلاكِ[3].

(ويَجوزُ بَيعُ العَقارِ قبلَ القَبضِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يَجوزُ) رجوعاً إلى إطلاق الحديثِ، واعتباراً بالمنقولِ، وصار كالإجارة[4].

ولهما: أنَّ ركنَ البيعِ صَدَرَ من أهلِهِ في مَحلِّه، ولا غَرَرَ فيه؛ لأنَّ الهلاكَ في العَقارِ نادرٌ، بخلافِ المنقولِ، والغَرَرُ المَنهيُّ عنه غَرَرُ انفساخِ العقدِ، والحديثُ مَعلولٌ بهِ[5] عمَلاً بدلائل الجوازِ.

---

(١) زيادة من (أ).

(٢) قال الزيلعي (٤/ ٣٢): فيه أحاديث:
منها: ما أخرجه أحمد (٣/ ٤٠٢) (١٥٣٩٠)، والنسائي في الصغرى - واللفظ له - كتاب البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يستوفي (٤٦٠٣) عن حكيم بن حزام قال: ابتعتُ طعاماً من طعامِ الصَّدقةِ، فَرَبِحتُ فيه قبلَ أن أقبِضَهُ، فأتيتُ رسولَ الله ﷺ فذكرتُ ذلك له فقال: «لا تَبِعْه حتَّى تَقبِضَه».
وأخرج الأئمَّة السِّتةُ في كتبهم، وهو عند البخاري في البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك (٢٠٢٨) عن ابن عباس قال: أمَّا الذي نهى عنه النَّبيُّ ﷺ فهو الطَّعامُ أن يُباع حتَّى يُقبَض، قال ابن عباس: ولا أحسِبُ كلَّ شيءٍ إلَّا مِثلَه.

(٣) أي: هلاك المبيع قبل قبضه، فينفسخ العقدُ الأوَّل، فيتبيَّنُ حينئذٍ أنَّه باع ملكَ الغير بغير إذنه، وذلك مفسدٌ للعقد.

(٤) فإنَّها في العقار لا تجوز قبل القبض. بناية.

(٥) أي: بغَرَرِ انفساخِ العقدِ قبل القبضِ بهلاكِ المعقود عليه، فيكونُ مخصوصاً بالمنقول. بناية.

وَمَنِ اشترى مَكيلاً مُكايَلَةً، أو مَوزُوناً مُوازنَةً، فاكتالَهُ أوِ اتَّزَنَهُ ثمَّ باعَهُ مُكايلَةً أو مُوازنَةً، لم يَجُزْ لِلمُشتري منه أنْ يَبيعَهُ، ولا أنْ يَأكُلَهُ حتَّى يُعيدَ الكَيلَ والوَزْنَ.

والإجارةُ قيل: على هذا الخلافِ[1]، ولو سُلِّمَ فالمعقودُ عليه في الإجارةِ المنافعُ، وهلاكُها غيرُ نادرٍ.

قال: (ومَنِ اشترى مَكيلاً مُكايَلَةً، أو مَوزُوناً مُوازنَةً، فاكتالَهُ أوِ اتَّزَنَهُ ثمَّ باعَهُ مُكايلَةً أو مُوازنَةً، لم يَجُزْ لِلمُشتري منه[2] أنْ يَبيعَهُ، ولا أنْ يَأكُلَهُ حتَّى يُعيدَ الكَيلَ والوَزْنَ)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ «نهى عن بَيعِ الطَّعامِ حتَّى يَجري فيه صاعان: صاعُ البائعِ، وصاعُ المُشتري»[3]؛ ولأنَّه يَحتَمِلُ أن يَزيدَ على المَشروطِ، وذلك للبائعِ، والتَّصرُّفُ في مال الغيرِ حرامٌ، فيجبُ التَّحرُّزُ عنه، بخلاف ما إذا باعَهُ مُجازَفَةً؛ لأنَّ الزِّيادةَ له، وبخلافِ ما إذا باعَ الثَّوبَ مُذارَعَةً؛ لأنَّ الزِّيادة له؛ إذِ الذَّرعُ وَصفٌ في الثَّوب[4]، بخلاف القَدْر.

ولا مُعتَبَرَ بكيلِ البائعِ[5] قبلَ البيعِ وإن كان بِحضرةِ المشتري؛ لأنَّه ليس صاعَ البائعِ والمشتري، وهو الشَّرط[6]، ولا بِكَيلِهِ بعد البيع بِغَيبةِ المشتري؛ لأنَّ الكيلَ من بابِ التَّسليمِ؛ لأنَّ به يصيرُ المَبيعُ مَعلُوماً، ولا تَسليمَ إلَّا بِحَضرتِهِ.

---

(١) جوابٌ عن قياس محمَّد صورةَ النِّزاعِ على الإجارة، وتقريرُهُ: أنَّها لا تصلُحُ مَقيساً عليها؛ لأنَّها على الاختلاف. الصَّحيحُ كما قال في الفوائد الظَّهيريَّة، أنَّ الإجارةَ قبلَ القبضِ لا تجوزُ بلا خلاف، إلا أنَّ المنافعَ بمنزلة المنقولِ، والإجارةُ تمليكُ المنافعِ، فيمتنعُ جوازُها قبلَ القَبضِ. فتح.

(٢) أي: لم يجز للمشتري الثاني من المشتري الأول، أن يبيعه ... إلخ.

(٣) أخرجه بهذا اللَّفظ ابن ماجه في التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٢٢٢٨) من حديث جابر.

وفي الباب من حديث أبي هريرة وأنس وابن عباس.

(٤) وليس فيه جهالةٌ، ولا اختلاطُ المبيع بغيره.

(٥) أي: المشتري الأوَّل.

(٦) أي: والشَّرطُ أن يكون الصَّاعُ صاعَ البائع والمشتري.

والتَّصرُّفُ في الثَّمَنِ قبلَ القَبضِ جائزٌ. ويَجوزُ لِلمُشتري أنْ يَزِيدَ لِلبائعِ في الثَّمنِ، ويَجوزُ لِلبائعِ أنْ يَزِيدَ لِلمُشتري في المَبيعِ، ويَجوزُ أنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ، ويَتعَلَّقُ الاستحقاقُ بِجَميعِ ذلك. ....

ولو كالَهُ البائعُ بعدَ البيعِ بِحَضرةِ المشتري، فقد قيل: لا يُكتَفَى به؛ لِظاهِرِ الحديثِ، فإنَّه اعتَبَرَ صاعَينِ، والصَّحيحُ أنَّه يُكتَفَى به؛ لأنَّ المبيعَ صار معلوماً بكيلٍ واحدٍ، وتحقَّقَ معنى التَّسليمِ، ومَحْمَلُ الحديثِ اجتماعُ الصَّفقتينِ على ما نُبيِّن في باب السَّلم إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى المَعدُودَ عَدَّاً فهو كالمَذروعِ فيما يُروَى عنهما[١]؛ لأنَّه ليس بمالِ الرِّبا، وكالموزونِ فيما يُروَى عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّه لا تَحِلُّ له الزِّيادةُ على المشروط.

قال: (والتَّصرُّفُ في الثَّمَنِ قبلَ القَبضِ جائزٌ)؛ لقيام المُطلَقِ وهو المِلكُ، وليس فيه[٢] غَرَرُ الانفساخِ بالهلاكِ؛ لِعَدَم تَعيُّنِها بالتَّعيينِ، بخلاف المَبيعِ[٣].

قال: (ويَجوزُ لِلمُشتري أنْ يَزِيدَ لِلبائعِ في الثَّمنِ، ويَجوزُ لِلبائعِ أنْ يَزِيدَ لِلمُشتري في المَبيعِ، ويَجوزُ أنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ، ويَتعَلَّقُ الاستحقاقُ بِجَميعِ ذلك)، فالزِّيادةُ والحَطُّ يَلتحِقان بأصلِ العقدِ عندنا، وعند زفر والشَّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ[٤] لا يَصِحَّان

---

(١) أي: لا يطالب بعدِّه ثانياً إذا باعه بعدما اشتراه.

(٢) أي: في التَّصرُّف في الثَّمن قبل القبض.

(٣) أي: بخلاف التَّصرُّف بالمبيع، فإنَّه لا يجوز قبل القبض.

(٤) قال النووي في الروضة (٣/ ٧٨) الكتب العلمية: ولو زاد في الثَّمنِ أو المُثمَن، أو زاد إثباتَ الخيارِ، أو الأجل، أو قَدْرَهما، نَظَر:
- إن كان ذلك بعد لزومِ العقدِ، لم يُلحَق بالعقد.
- وإن كانت هذه الإلحاقات قبلَ لزوم العقد، بأن كانت في مجلسِ العقدِ، أو في زمنِ خيارِ الشَّرطِ، فأوجهٌ: أحدُها: لا يُلحَق، وصحَّحه في التَّتمَّة. والثاني: يُلحق في خيار المجلس، دونَ خيار الشَّرط، قاله أبو زيد، والقفال. والثالث، وهو الأصحُّ عند الأكثرين: يُلحَق في مدَّة الخيارين

على اعتبارِ الالتحاقِ، بل على اعتبارِ ابتداءِ الصِّلةِ.

لهما: أنَّه لا يُمكِنُ تصحيحُ الزِّيادةِ ثَمَناً؛ لأنَّه يصيرُ مِلكُهُ عِوَضَ مِلكِهِ، فلا يَلتحِقُ بأصلِ العقدِ، وكذا الحَطُّ؛ لأنَّ كلَّ الثَّمنِ صار مُقابَلاً بكلِّ المَبيعِ، فلا يُمكِنُ إخراجُهُ، فصار بِرّاً مُبتَدأً.

ولنا: أنَّهما بالحطِّ والزِّيادةِ يُغيِّرانِ العقدَ من وَصفٍ مَشروعٍ إلى وَصفٍ مَشروعٍ، وهو كونُهُ رابحاً أو خاسراً أو عَدْلاً[١]، ولهما وِلايةُ الرَّفعِ، فأولى أن يكونَ لهما وِلايةُ التَّغييرِ، وصار كما إذا أسقطا الخيارَ أو شَرَطاهُ بعدَ العقدِ. ثمَّ إذا صَحَّ يَلتحِقُ بأصلِ العقدِ؛ لأنَّ وَصفَ الشَّيءِ يقومُ به لا بنفسِهِ.

بخلافِ حَطِّ الكُلِّ[٢]؛ لأنَّه تبديلٌ لأصلِهِ، لا تَغييرٌ لِوَصفِهِ، فلا يَلتحِقُ به.

وعلى اعتبار الالتحاقِ[٣] لا تكونُ الزِّيادةُ عِوَضاً عن مِلكِه[٤].

ويَظهَرُ حكمُ الالتحاقِ في التَّوليةِ والمُرابحةِ، حتَّى يجوزُ على الكلِّ[٥] في الزِّيادة، ويُباشِرُ على الباقي في الحَطِّ. وفي[٦] الشُّفعةِ حتَّى يأخذُ بما بقي في الحَطِّ.

وإنَّما كان للشَّفيعِ أن يأخذَ بدونِ الزِّيادةِ؛ لِما في الزِّيادةِ من إبطالِ حقِّهِ الثَّابتِ فلا يَملِكانه.

= جميعاً، وهو ظاهر النَّصِّ. اهـ.

(١) يعني: لا خاسراً ولا رابحاً.

(٢) هذا جوابٌ عمَّا يقال: لو كان حطُّ البعضِ صحيحاً لكان حطُّ الكلِّ كذلك، اعتباراً للكلِّ بالبعض، ولكن حطُّ الكلِّ لا يصحُّ.

(٣) هذا جوابٌ عن تعليل زفر والشافعي.

(٤) لأنَّ الزيادة لمَّا التحقت بأصل العقد صارت كالموجودة عند العقد، فلا يلزم حينئذ ما قالاه. بناية.

(٥) أي: من الأصل والزائد.

(٦) أي: ويظهر حكمُ الالتحاق في الشفعة.

وَمَنْ باعَ بِثَمنٍ حالٍّ ثمَّ أجَلَّهُ أجَلاً مَعلُوماً، صارَ مُؤَجَّلاً. وكُلُّ دَينٍ حالٍّ إذا أجَّلَهُ صاحِبُهُ صارَ مُؤجَّلاً إلَّا القَرْضَ.

ثمَّ الزِّيادةُ لا تصحُّ بعد هلاكِ المَبيعِ على ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنَّ المَبيعَ لم يَبقَ على حالةٍ يصحُّ الاعتياضُ عنه، والشَّيءُ يَثبُتُ ثمَّ يَستند، بخلاف الحطِّ لأنَّه بحالٍ يُمكِنُ إخراجُ البدلِ عمَّا يُقابِلُه، فَيَلتحقُ بأصلِ العقد استناداً.

قال: (ومَنْ باعَ بِثَمنٍ حالٍّ ثمَّ أجَلَّهُ أجَلاً مَعلُوماً، صارَ مُؤجَّلاً)؛ لأنَّ الثَّمنَ حَقُّه، فله أن يُؤخِّرَه تيسيراً على مَنْ عليه، ألا ترى أنَّه يَملِكُ إبراءَهُ مُطلَقاً، فكذا مُؤَقَّتاً.

ولو أجَّلَه إلى أجلٍ مَجهولٍ: إن كانت الجَهالَةُ مُتفاحِشَةً، كَهُبوبِ الرِّيح، لا يجوزُ، وإنْ كانت مُتقارِبةً كالحَصادِ والدِّياسِ يَجوزُ؛ لأنَّه بمنزلةِ الكفالةِ، وقد ذكرناه من قبل[1].

قال: (وكُلُّ دَينٍ حالٍّ إذا أجَّلَهُ صاحِبُهُ صارَ مُؤجَّلاً)؛ لِما ذكرنا[2] (إلَّا القَرْضَ) فإنَّ تأجيلَهُ لا يصحُّ؛ لأنَّه إعارةٌ وصِلَةٌ في الابتداء، حتَّى يصحُّ بلفظةِ الإعارةِ[3]، ولا يَملِكُه مَن لا يَملِكُ التَّبرُّعَ، كالوصيِّ[4] والصَّبيِّ، ومُعاوَضَةٌ في الانتهاء، فعلى اعتبارِ الابتداءِ لا يَلزَمُ التَّأجيلُ فيه كما في الإعارةِ[5]، إذْ لا جَبْرَ في التَّبرُّعِ، وعلى اعتبار الانتهاءِ لا يصحُّ؛ لأنَّه يصيرُ بيعُ الدَّراهم بالدَّراهم نسيئةً، وهو رِباً.

---

(١) أراد قوله: «لأنَّ من له الأجل يستبدُّ بإسقاطه» في ص (٩٧).

(٢) من أنَّه حقُّه.

(٣) حتَّى لو قال: «أعرتك هذه المائة» مثلاً، فيكون قرضاً.

(٤) فإنَّه لا يجوز له أن يُقرض من مال الصَّغير.

(٥) فإنَّه لو أعاره المَتاعَ إلى شهرٍ، كان له أن يَستردَّه في الحال، إذ لا تأجيلَ في التَّبرُّع. فتح.

وهذا[1] بخلاف ما إذا أوصى أن يُقرِضَ من مالِهِ ألفَ درهم فلاناً إلى سنةٍ، حيث يَلزَمُ الورثةَ من ثُلُثِه أن يُقرِضُوه ولا يُطالِبُوه قبلَ المُدَّة؛ لأنَّه وصيَّةٌ بالتَّبرُّعِ بمنزلة الوصيَّةِ بالخدمة والسُّكنى، فيلزَمُ حقّاً للمُوصي، والله تعالى أعلم.

(١) أي: الذي ذكره المؤلِّف.

باب الرِّبا

الرِّبا مُحَرَّمٌ في كُلِّ مَكيلٍ أو مَوزُونٍ إذا بِيعَ بِجِنسِهِ مُتفاضِلاً، ....

(باب الرِّبا[١])

قال: (الرِّبا مُحَرَّمٌ في كُلِّ مَكيلٍ أو مَوزُونٍ إذا بِيعَ بِجِنسِهِ مُتفاضِلاً)، فالعِلَّةُ عندنا الكَيلُ مع الجِنْس، والوزنُ مع الجِنْس. قال ﷺ: ويقال: القَدرُ مع الجِنْس، وهو أشمل.

والأصلُ فيه الحديثُ المشهورُ، وهو قولُه ﷺ: «الحِنطةُ بالحِنطةِ مِثلاً بِمِثلٍ يداً بيدٍ، والفَضلُ رِباً»[٢] وعَدَّ الأشياءَ السِّتَّةَ «الحِنطة، والشَّعير، والتَّمر، والمِلْح، والذَّهَب، والفِضَّة» على هذا المثال[٣].

ويُروَى[٤] بروايتين بالرَّفع «مثلٌ»، وبالنَّصب «مِثلاً»، ومعنى الأوَّل: بَيعُ التَّمر، ومعنى الثَّاني: بِيعُوا التَّمرَ.

والحُكمُ[٥] معلومٌ بإجماعِ القائِسين، لكن العِلَّةُ عندنا ما ذكرناه.

---

(١) الرِّبا لغة: مُطلَق الزِّيادة. وشرعاً: فضلٌ خالٍ عن عِوَضٍ بمعيارٍ شَرعيٍّ مَشروطٍ لأحَدِ المُتعاقِدَينِ في المُعاوَضَة.
الدر المختار.

(٢) أخرجه الجماعة إلا البخاري، وهو عند مسلم في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا (١٥٨٧) عن عبادةَ بنِ الصَّامتِ قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهبِ، والفِضَّةُ بالفضَّةِ، والبُرُّ بالبُرِّ، والشَّعيرُ بالشَّعير، والتَّمرُ بالتَّمر، والمِلحُ بالمِلح، مِثلاً بِمثلٍ، سواءٌ بسواءٍ، يداً بيدٍ، فإذا اختَلَفَتْ هذه الأصنافُ فَبِيعُوا كيفَ شِئتُم إذا كان يداً بيدٍ». وفي الباب من حديث أبي سعيد الخدري، وبلال.

(٣) أي: مثلاً بمثلٍ يداً بيدٍ، في جميع ذلك.

(٤) يعني: قوله: «مثلاً بمثل».

(٥) وهو حُرمةُ الفَضل.

وعند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: الطَّعمُ في المَطعُومات، والثَّمنيَّةُ في الأثمان، والجنسيَّةُ شَرْطٌ[2]، والمُساواةُ مَخْلَصٌ.

والأصلُ هو الحُرمةُ عنده؛ لأنَّه[3] نَصَّ على شرطين، التَّقابُض والمُماثَلَة، وكلُّ ذلك يُشعِرُ بالعِزَّةِ والخَطَر، كاشتراط الشَّهادة في النِّكاح[4]، فَيُعلَّلُ بعِلَّةٍ تُناسِبُ إظهارَ الخَطَرِ والعِزَّةِ، وهو الطَّعمُ لِبقاءِ الإنسانِ به، والثَّمنيَّةُ لِبَقاء الأموالِ التي هي مَناطُ المَصالِحِ بها، ولا أثَرَ للجنسيَّة في ذلك[5]، فجعلناه[6] شرطاً، والحكمُ قد يَدورُ مع الشَّرط.

ولنا: أنَّه[7] أوجَبَ المُماثَلَةَ شَرطاً في البيع، ....

---

(1) قال النووي في الروضة (٣/ ٤٤) وما بعدها، الكتب العلمية: إنَّما يحرم الرِّبا في المطعوم، والذهب، والفضة:

- فأمَّا المطعوم، فسواء كان ممَّا يكال أو يوزن، أم لا، هذا هو الجديد، وهو الأظهر. والقديم: أنه يُشترط مع الطُّعم الكيلُ أو الوزن. فعلى هذا، لا ربا في السَّفرجل، والرُّمان، والبيض، والجوز، وغيره ممَّا لا يكال ولا يوزن. والمرادُ بالمطعوم: ما يُعدُّ للطُّعم غالباً تقوُّتاً، أو تأدُّماً، أو تفكُّهاً، أو غيرها، فيدخل فيه الفواكه، والحبوب، والبقول، والتوابل، وغيرها، وسواءٌ ما أكل نادراً كالبلوط، والطرثوث، وما أكل غالباً، وما أكل وحده أو مع غيره.

- وأمَّا الذَّهب والفضَّة، فقيل: يثبتُ الرِّبا فيهما لعينهما، لا لعلة. وقال الجمهور: العلَّة فيهما صلاحيَّةُ الثَّمنية الغالبة. وإن شئت قلت: جوهرية الأثمان غالباً. والعبارتان تشملان التِّبرَ، والمضروب، والحليَّ، والأواني منهما.

(2) أي: شرطٌ لِعَمَل العِلَّة عمَلَها حتَّى لا تَعمَلُ العِلَّةَ المذكورة عنده إلَّا عند وجود الجنسيَّة، وحينئذ لا يكونُ لها أثَرٌ في تحريم النَّساء، فلو أسلم هَرويَّاً في هرويٍّ، جاز عنده، وعندنا لم يجز لِوُجود أحَدِ وَصْفَي العِلَّة. عناية.

(3) أي: الشَّارع.

(4) فإنَّ اشتراطَ الشَّهادة في عقد النِّكاحِ؛ لإظهار خطره وعزَّتِه دون سائر المعاملات.

(5) أي: في إظهار الخطر والعِزَّة.

(6) أي: الجنس.

(7) أي: الحديث المذكور، أو النبيُّ ﷺ.

وهو[1] المقصودُ بِسَوقِهِ تحقيقاً لمعنى البيع، إذ هو[2] يُنبِئُ عن التَّقابل وذلك بالتَّماثل، أو صيانةً لأموالِ النَّاسِ[3] عن التَّوى، أو تتميماً للفائدةِ باتِّصالِ التَّسليمِ به، ثمَّ يلزمُ عند فوتِهِ[4] حُرمةُ الرِّبا.

والمُماثَلَةُ بين الشَّيئينِ باعتبارِ الصُّورةِ والمعنى، والمعيارُ يُسوِّي الذَّات، والجنسيَّةُ تُسوِّي المعنى، فيظهرُ الفضلُ على ذلك، فيتحقَّقُ الرِّبا؛ لأنَّ الرِّبا هو الفَضلُ المُستَحَقُّ لأحد المتعاقدين في المُعاوَضَة الخالي عن عِوَض شرط فيه.

ولا يُعتَبَرُ الوصفُ[5] لأنَّه لا يُعدُّ تفاوتاً عرفاً، أو لأنَّ في اعتبارِهِ سدَّ بابِ البياعات، أو لقوله ﷺ: «جَيِّدُها ورديئها سواءٌ»[6].

والطَّعمُ والثَّمنيَّةُ من أعظمِ وُجُوهِ المنافعِ، والسَّبيلُ في مِثلِها الإطلاقُ[7] بأبلَغِ الوُجوهِ؛ لِشدَّةِ الاحتياجِ إليها، دونَ التَّضييقِ فيه، فلا مُعتَبَرَ بما ذكره.

---

(١) أي: وجوبُ المماثلةِ هو المقصود بسوق الحديث.

(٢) أي: البيع.

(٣) عطفٌ على قوله: «تحقيقاً».

(٤) أي: عند فوت التَّماثل، الذي هو شرطُ الجواز.

(٥) هذا جوابٌ عمَّا يقال: إذا كانت المماثلةُ شرطاً على ما قلتم، فكيف أُهدِرَ التَّفاوتُ في الوصفِ، وهو الجَودةُ في أحد البدلين، دونَ الآخر. فأجاب بقوله: ولا يعتبر الوصفُ، أي: وصف الجودة والرَّداءة ... إلخ. بناية.

(٦) قال الزيلعي (٤/ ٣٧): غريب، ومعناه يُؤخَذ من إطلاق حديث أبي سعيد، وهو ما أخرجه البخاري في الوكالة، باب: إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود (٢١٨٨)، ومسلم في المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل (٩٦/ ١٥٩٤) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: جاء بلالٌ إلى النَّبيِّ ﷺ بتمرٍ بُرنيٍّ، فقال له النَّبيُّ ﷺ: «من أين هذا؟»، قال بلال: كان عندنا تمرٌ رديءٌ، فَبِعتُ منه صاعين بصاعٍ لِنُطعِمَ النَّبيَّ ﷺ، فقال النَّبيُّ ﷺ عند ذلك: «أَوَّهْ أَوَّهْ عَينُ الرِّبا، عَينُ الرِّبا، لا تفعل، ولكن إذا أردتَ أن تشتريَ فَبِعِ التَّمرَ بِبَيعٍ آخَرَ، ثمَّ اشتَرِهِ».

(٧) أي: التَّوسعةُ.

وإنْ تَفاضَلا لم يَجُزْ. ولا يَجوزُ بَيعُ الجَيِّدِ بالرَّدِيءِ مِمَّا فيه الرِّبا، إلَّا مِثلاً بِمِثلٍ. ويَجوزُ بَيْعُ الحَفْنةِ بالحَفْنَتينِ، والتُّفاحَةِ بالتُّفَّاحَتَينِ، ....

إذا ثبَتَ هذا[١] نقول: إذا بِيعَ المَكيلُ أو المَوزونُ بجنسِهِ مِثلاً بمثل، جاز البيعُ فيه؛ لِوُجود شَرطِ الجوازِ، وهو المماثلةُ في المِعيار؛ ألا ترى إلى ما يُروَى مكانَ قوله: «مِثلاً بِمِثل» «كيلاً بكيل»، وفي الذَّهب: «بالذَّهب وزناً بوزن».

(وإنْ تَفاضَلا لم يَجُزْ) لِتحقُّق الرِّبا.

(ولا يَجوزُ بَيعُ الجَيِّدِ بالرَّدِيءِ مِمَّا فيه الرِّبا، إلَّا مِثلاً بِمِثلٍ)؛ لإهدارِ التَّفاوتِ في الوَصفِ.

(ويَجوزُ بَيْعُ الحَفْنةِ[٢] بالحَفْنَتينِ، والتُّفاحَةِ بالتُّفَّاحَتَينِ)؛ لأنَّ المساواةَ بالمعيارِ، ولم يُوجَدْ، فلم يَتحقَّقِ الفَضلُ[٣]، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف[٤].

وعند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[٥]: العِلَّةُ هي الطَّعمُ، ولا مَخْلَص - وهو المساواة - فيحرم[٦].

وما دونَ نصفِ الصَّاعِ فهو في حُكمِ الحَفنةِ[٧]؛ لأنَّه لا تقديرَ في الشَّرعِ بما دونَهُ[٨].

---

(١) أي: ما قرَّرناه من أنَّ العلَّة القدر والجنس عندنا، مطعوماً كان أو غيره.

(٢) وهي: مِلءُ الكفِّ.

(٣) لأنَّ تحقُّقَ الفضلِ مبنيٌّ على المعيار، فإذا انعدمَ المعيارُ انعَدَم الفضلُ.

(٤) أي: لا بالمِثْل، إذ لو كان داخلا تحت المعيار لكان مضموناً بالمثل عند الإتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات. بناية بتصرف.

(٥) انظر ص (١٣٥) ت (١) إنَّما يحرم الرِّبا في المطعوم، والذهب، والفضة.

(٦) أي: فلا يجوز بيع الحَفنة بالحفنتين؛ لوجود الطَّعم، وانعدام المَخلَص.

(٧) وعليه فلو باع خمسَ حَفَنَات من الحنطةِ بستِّ حَفَنَات منها، وهما لم يَبلُغا حَدَّ نصفِ الصَّاع، جاز البيعُ عندنا. وأمَّا إذا كان أحَدُ البدلين بلَغَ حَدَّ نصفِ الصَّاعِ والآخَرُ لم يَبلُغه، فلا يجوز، كذا في المبسوط. عناية.

(٨) أي: بخلاف النصف، لأنَّ الشَّرع ورد بالتقدير فيه، كما في صدقة الفطر وغيرها. بناية.

وإذا عُدِمَ الوَصفانِ: الجِنسُ والمَعنى المَضمُومُ إليه، حَلَّ التَّفاضُلُ والنَّساءُ، ....

ولو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غيرَ مَطعومٍ بجنسِهِ مُتفاضِلاً، كالجِصِّ والحديدِ، لا يجوزُ عندنا؛ لِوُجود القَدْر والجِنْس. وعنده: يجوزُ لِعَدَم الطَّعم والثَّمنيَّة.

قال: (وإذا عُدِمَ الوَصفانِ: الجِنسُ والمَعنَى المَضمُومُ إليه، حَلَّ التَّفاضُلُ والنَّساءُ[1])؛ لِعَدَم العِلَّةِ المُحرِّمةِ، والأصلُ فيه[2] الإباحةُ.

وإذا وُجِدَا حَرُم التَّفاضُلُ والنَّساءُ؛ لوجود العِلَّة.

وإذا وُجِد أحَدُهما وعُدِمَ الآخَرُ، حَلَّ التَّفاضُلُ وحَرُم النَّساءُ، مِثلُ أن يُسلِمَ هَرَوِيًّا في هَرَوِيٍّ، أو حِنطةً في شعير، فَحُرمةُ رِبا الفَضلِ بالوَصفَينِ، وحُرمةُ النَّساءِ بأحدِهِما.

وقال الشَّافعيُّ[3]: الجِنسُ بانفرادِهِ لا يُحرِّمُ النَّساءَ؛ لأنَّ بالنَّقديَّةِ وعَدَمِها لا يَثبُتُ إلَّا شُبهةُ الفَضلِ، وحقيقةُ الفَضلِ غيرُ مانعٍ فيه، حتَّى يجوزُ بَيْعُ الواحدِ بالاثنين، فالشُّبهةُ أولى.

---

(١) وهو البيعُ إلى أجَلٍ.

(٢) أي: في البيع.

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ٤٦) وما بعدها، الكتب العلمية: إذا باع مالاً بمال، فله حالان. أحدهما: أن لا يكونا رِبويَّين. والثاني: أن يكونا.
فالحالُ الأول يشملُ ما إذا لم يكن فيهما ربويٌّ، وما إذا كان أحدُهما رِبويًّا. وعلى التَّقديرين في هذا الحال لا تجبُ رعايةُ التَّماثل، ولا الحلول، ولا التَّقابض في المجلس، سواءٌ اتَّفق الجنس، أو اختلف. حتَّى لو باع حيواناً بحيوانين من جنسه، أو أسلم ثوباً في ثوبين من جنسه، جاز.
وأمَّا الحال الثاني: فتارة يكونان رِبويَّين بعلَّتين، وتارةً بعلَّة:
- فإن كانا بعلَّتين، لم تجب رعايةُ التَّماثلِ ولا التَّقابض ولا الحلولِ، ومن صوره: أن يسلم أحدَ النَّقدينِ في الحنطة، أو يبيعَ الحنطةَ بالذَّهبِ أو بالفضَّة، نقداً أو نسيئة.
- وإن كانا بعلَّة، فإن اتَّحدَ الجِنسُ، بأن باع الذَّهبَ بالذَّهب، والحنطةَ بالحنطة، ثبتت أحكامُ الرِّبا الثلاثة، فتجبُ رعايةُ التَّماثل والحلولِ والتَّقابض في المجلس. وإن اختلفَ الجنس، كالحنطة بالشَّعير، والذَّهب بالفضَّة، لم تُعتبر المماثلةُ، ويُعتبرُ الحلول والتَّقابض في المجلس. اهـ.

ولنا: أنَّه مالُ الرِّبا من وجهٍ نَظَراً إلى القَدرِ[1] أو الجنس[2]، والنَّقديَّةُ أوجبَتْ فَضْلاً في الماليَّةِ، فَتَتحقَّقُ شبهةُ الرِّبا[3]، وهي مانعةٌ كالحقيقة[4].

إلَّا[5] أنَّه إذا أسلَمَ النُّقودَ في الزَّعفران ونحوه يجوزُ وإن جَمَعَهُما الوزنُ؛ لأنَّهما[6] لا يَتَّفقان في صفة الوزن: فإنَّ الزَّعفران يُوزَن بالأمناء[7]، وهو[8] مُثمَنٌ يَتعيَّنُ بالتَّعيين، والنُّقودُ تُوزَنُ بالسَّنَجات[9]، وهو ثَمَنٌ لا يتعيَّنُ بالتَّعيين، ولو باع بالنُّقودِ مُوازَنَةً وقَبَضَها صحَّ التَّصرُّف فيها قبل الوزن[10]، وفي الزَّعفرانِ وأشباهِهِ لا يجوز[11]، فإذا اختلفا فيه صورةً ومعنىً وحُكماً لم يَجْمَعْهما القَدْرُ من كلِّ وجهٍ، فَتنزِلُ الشُّبهةُ فيه إلى شُبهةِ الشُّبهةِ، وهي غيرُ مُعتَبَرة.

---

(١) أي: إلى القَدْر وَحْدَه، كما في الحنطة مع الشَّعير، كلٌّ منهما يباع كيلاً.

(٢) أي: أو نظراً إلى الجنس وَحْدَه، كالثَّوب الهرويِّ مع الهرويِّ، وهما جنس واحد.

(٣) في البناية: لأنَّ الفضل من النَّقدية، فضلٌ من حيث المعنى، والنَّقدُ خيرٌ من النَّسيئة، فمن الوجه الذي هو مال الرِّبا أظهَرَ الفضلَ من حيثُ النَّقديةُ في أحدهما، وذلك شبهةُ الرِّبا.

(٤) أي: وشبهةُ الرِّبا مانعةٌ من الجواز كالحقيقة.

(٥) استثناء من قوله: «وحرم النَّساء» في قوله: «فإذا وُجِد أحدُهما وعُدِم الآخر، حلَّ التَّفاضُلُ وحَرُم النَّساء». بناية.

(٦) أي: النُّقود والزَّعفران.

(٧) «الأمناء»، تقدَّم تقدير «المَنِّ»، انظر (١/ ٤٩٨) ت (٤).

(٨) أي: الزَّعفران.

(٩) «السَّنجات» بفتح السين والنون، جمع «سَنْجة»، وقيل: بالصَّاد، وقال العيني في البناية: الصَّواب أنَّه بالسِّين. وهي وحدةٌ وزنيةٌ كان يُوزن بها، توضع في كفة الميزان. والله أعلم.

(١٠) كأن يقول: «اشتريتُ هذا الزَّعفرانَ بهذا النَّقدِ» المُشارِ إليه على أنَّه عشرةُ دنانير مثلاً، فقَبَضَه البائعُ صَحَّ التَّصرُّفُ فيه قبلَ الوَزنِ. عناية.

(١١) وذلك كأن يبيعَ الزَّعفرانَ بِشَرطِ أنَّه مَنوانِ مَثَلاً، وقَبِلَه المشتري، ليس له أن يتصرَّفَ فيه حتَّى يُعيد الوزنَ. عناية.

وكلُّ شيءٍ نَصَّ رسولُ اللهِ ﷺ على تَحريمِ التَّفاضُلِ فيه كيلاً، فَهُو مَكيلٌ أبداً وإنْ تَرَكَ النَّاسُ الكيلَ فيه، كالحنطةِ والشَّعيرِ والتَّمرِ والمِلْح. وكُلُّ ما نَصَّ على تحريمِ التَّفاضُلِ فيه وَزْناً فهو مَوزُونٌ أبداً، وإنْ تَرَكَ النَّاسُ الوَزْنَ فيه، مِثلُ الذَّهبِ والفِضَّةِ وما لم يَنُصَّ عليه فهو مَحمُولٌ على عاداتِ النَّاسِ. ....

قال: (وكلُّ شيءٍ نَصَّ رسولُ اللهِ ﷺ على تَحريم التَّفاضُلِ فيه كيلاً، فَهُو مَكيلٌ أبداً وإنْ تَرَكَ النَّاسُ الكيلَ فيه، كالحنطةِ والشَّعيرِ والتَّمرِ والمِلْح. وكُلُّ ما نَصَّ على تَحريم التَّفاضُلِ فيه وَزْناً فهو مَوزُونٌ أبداً، وإنْ تَرَكَ النَّاسُ الوَزْنَ فيه، مِثلُ الذَّهبِ والفِضَّةِ)؛ لأنَّ النَّصَّ أقوى من العُرفِ، والأقوى لا يُترَكُ بالأدنى. (وما لم يَنُصَّ عليه فهو مَحمُولٌ على عاداتِ النَّاسِ)؛ لأنَّها دالَّةٌ[1].

وعن أبي يوسف أنَّه يُعتَبَرُ العُرفُ على خلافِ المَنصوصِ عليه أيضاً؛ لأنَّ النَّصَّ على ذلك لِمَكانِ العادةِ[2]، فكانت هي المنظورُ إليها، وقد تبدَّلَت[3].

فعلى هذا لو باعَ الحنطةَ بِجِنسِها متساوياً وزناً، أو الذَّهبَ بجنسِهِ مُتَماثلاً كيلاً، لا يجوز عندهما[4]، وإن تعارفوا ذلك؛ لِتوَهُّمِ الفَضلِ على ما هو المعيار فيه، كما إذا باع مجازَفَةً، إلا أنَّه يَجُوز الإسلامُ في الحنطةِ ونحوِها وزناً؛ لِوُجود الإسلام في مَعلومٍ[5].

---

(١) أي: لأنَّ العاداتِ دالَّةٌ على جَوازِ الحُكمِ فيما وقعت عليه العادةُ؛ لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ».

(٢) أي: الكيلُ في الشَّيءِ أو الوزنُ فيه، ما كان في ذاك الوقتِ إلَّا لأنَّ العادةَ إذ ذاك بذلك. فتح.

(٣) أي: وقد تبدَّلت العادةُ، فيتبدَّل الحكم.
هذا وقد رجَّح الكمال قولَ أبي يوسف. والبيوع في أيامنا محمولة على قول أبي يوسف، والله أعلم.

(٤) وعند أبي يوسف يجوز إن تعارفوا ذلك.

(٥) وهو اختيار الطحاويِّ، لأنَّ المماثلَةَ ليست بمعتبرةٍ فيه، إنَّما المُعتَبَرُ هو الإعلامُ على وجهٍ ينفي المنازعةَ في التَّسليم، وذلك كما يَحصُلُ بالكيل يَحصُل بذكر الوزن. عناية.

وكلُّ ما يُنْسَبُ إلى الرِّطلِ فهو وَزنِيٌّ. وعَقدُ الصَّرفِ - ما وَقَعَ على جِنْسِ الأثمان - يُعتَبَرُ فيه قَبْضُ عِوَضَيهِ في المَجلِسِ، وما سِواهُ مِمَّا فيه الرِّبا يُعتَبَرُ فيه التَّعيينُ ولا يُعتَبَرُ فيه التَّقابُضُ. ....

قال: (وكلُّ ما يُنْسَبُ إلى الرِّطلِ فهو وَزنِيٌّ) معناه: ما يُباعُ بالأواقيِّ؛ لأنَّها[1] قُدِّرت بطريق الوزنِ، حتَّى يُحتَسَبُ ما يُباعُ بها وزناً، بخلاف سائر المكاييل[2]، وإذا كان[3] موزوناً فلو بِيعَ بمكيالٍ لا يُعرَف وزنُهُ بمكيالٍ مِثلِهِ لا يجوزُ؛ لِتوهُّمِ الفَضلِ في الوزن بمنزلة المجازفة[4].

قال: (وعَقدُ الصَّرفِ - ما وَقَعَ على جِنْسِ الأثمان - يُعتَبَرُ فيه قَبْضُ عِوَضَيهِ في المَجلِسِ)؛ لقوله ﷺ: «الفضَّةُ بالفضَّةِ هاءَ وهاءَ»[5]، معناه: يداً بيدٍ، وسنبيِّنُ الفقهَ في الصَّرفِ إن شاء الله تعالى.

قال: (وما سِواهُ[6] مِمَّا فيه الرِّبا يُعتَبَرُ فيه التَّعيينُ ولا يُعتَبَرُ فيه التَّقابُضُ)، خلافاً للشَّافعيِّ[7] في بَيعِ الطَّعام [بالطَعام][8].

---

(١) أي: الأواقي.

(٢) متَّصلٌ بقوله: «لأنها قدرت» يعني: أنَّ سائر المكاييل لم تُقدَّر بالوزن، فلا يكون للوزن فيه اعتبار.

(٣) يعني: إذا ثبت أنَّ ما يُنسبُ إلى الرَّطل أنَّه وزنيٌّ. بناية.

(٤) قيَّد بقوله: «بمكيال لا يُعرَف وزنه»؛ لأنَّه إذا عُرِف وزنُهُ جاز.

(٥) أخرجه البخاري في البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة (٢٠٢٧) ولفظه: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال: «الذَّهبُ بالذَّهب رِباً إلَّا هاءَ وهاء، والبُرُّ بالبُرِّ رِباً إلَّا هاءَ وهاء، والتَّمرُ بالتَّمر رِباً إلَّا هاءَ وهاءَ، والشَّعيرُ بالشَّعيرُ رِباً إلَّا هاءَ وهاءَ».
وقال الزيلعي: أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ في كتبهم.

(٦) أي: وما سوى عقدِ الصَّرفِ ممَّا يجري فيه الرِّبا، كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضَّة. بناية.

(٧) انظر ص (١٣٨) ت (٣).

(٨) زيادة من (أ).

ويَجوزُ بيعُ البَيضةِ بالبَيضَتَينِ، والتَّمرةِ بالتَّمرتَينِ، والجَوزَةِ بالجَوزتَينِ، ....

له: قولُه ﷺ في الحديث المعروف: «يدا بيد»[١]، ولأنَّه إذا لم يَقبِض في المجلسِ، فَيَتعاقَبُ القبضُ، ولِلنَّقدِ مزيَّةٌ، فتثبتُ شبهةُ الرِّبا.

ولنا: أنَّه مبيعٌ متَّعيِّنٌ، فلا يُشتَرَطُ فيه القبضُ[٢] كالثَّوب، وهذا[٣] لأنَّ الفائدةَ المطلوبةَ إنَّما هو التَّمكُّنُ من التَّصرُّف، ويترتَّبُ ذلك على التَّعيين، بخلاف الصَّرف[٤]؛ لأن القبضَ فيه لِيَتعيَّنَ به.

ومعنى قوله ﷺ: «يداً بيد» عيناً بعينٍ، وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه[٥].

وتَعاقُبُ القبضِ[٦] لا يُعتَبَرُ تفاوتاً في المال عرفاً[٧]، بخلاف النَّقد والمُؤجَّل.

قال: (ويَجوزُ بيعُ البَيضةِ بالبَيضَتَينِ، والتَّمرةِ بالتَّمرتَينِ، والجَوزَةِ بالجَوزتَينِ)؛ لانعدام المعيارِ[٨]، فلا يتحقَّقُ الرِّبا.

والشَّافعيُّ يُخالفنا فيه لِوُجود الطَّعم على ما مَرَّ[٩].

---

(١) تقدم ص (١٣٤) ت (٢).

(٢) أي: وكلُّ ما يتعيَّنُ بالتَّعيين لا يُشترطُ فيه القبض.

(٣) أي: عدمُ اشتراط القبض فيما يتعيَّنُ.

(٤) جواب عمَّا يقال: لو كان الأمر كما قلتم، لَمَا وجب القبضُ في الصَّرف.

(٥) أخرج مسلم في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا (٨٠/ ١٥٨٧) عن عبادة بن الصَّامت قال: إنِّي سمعتُ رسول الله ﷺ يَنهَى عن بيعِ الذَّهبِ بالذَّهب، والفضَّةِ بالفضَّةِ، والبُرِّ بالبُرِّ، والشَّعيرِ بالشَّعيرِ، والتَّمرِ بالتَّمر، والمِلْحِ بالمِلْح، إلَّا سواء بسواء، عيناً بِعَين، فمن زاد أوِ ازداد فقد أربى».

(٦) جواب عن قوله: «إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض».

(٧) فإنَّ التُّجار لا يفصِّلون في الماليَّةِ بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالاً. عناية.

(٨) أي: الكيل.

(٩) انظر ص (١٣٥) ت (١).

ويَجوزُ بَيعُ الفَلْسِ بالفَلْسَينِ بأعيانِهِما. ولا يَجوزُ بَيْعُ الحِنطَةِ بالدَّقيقِ ولا بالسَّويقِ. ويَجوزُ بَيْعُ الدَّقيقِ بالدَّقيقِ مُتساوِياً كيلاً، وبَيعُ الدَّقيقِ بالسَّويقِ لا يَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ مُتفاضِلاً ولا مُتساوِياً، ....

قال: (ويَجوزُ بَيعُ الفَلْسِ بالفَلْسَينِ بأعيانِهِما) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوزُ؛ لأنَّ الثَّمنيَّةَ تَثبُتُ باصطلاحِ الكلِّ[1]، فلا تبطُلُ باصطلاحهما، وإذا بَقِيتْ أثماناً لا تتعيَّنْ، فصار كما إذا كانا بِغَير أعيانِهِما، وكَبَيعِ الدِّرهمِ بالدِّرهمين.

ولهما: أنَّ الثَّمنيَّة في حقِّهما تَثبُتُ باصطلاحهما؛ إذ لا ولاية للغير عليهما، فتبطُلُ باصطلاحهما، وإذا بطلت الثَّمنيّةُ تتعيَّنُ بالتَّعيين، ولا يعودُ وَزْنيّاً لبقاء الاصطلاحِ على العدِّ، إذ في نَقضِهِ في حقِّ العَدِّ فسادُ العقدِ، فصار كالجَوزةِ بالجَوزتَينِ.

بخلاف النُّقودِ لأنَّها للثَّمنيَّةِ خِلقَةً، وبخلاف ما إذا كانا بِغَيرِ أعيانِهِما؛ لأنَّه كالئٌ بالكالئِ، وقد نُهِي عنه، وبخلاف ما إذا كان أحَدُهما بغيرِ عَينِهِ؛ لأنَّ الجنسَ بانفرادِهِ يُحرِّم النَّساء.

قال: (ولا يَجوزُ بَيْعُ الحِنطَةِ بالدَّقيقِ ولا بالسَّويقِ)؛ لأنَّ المُجانَسَةَ باقيةٌ من وجهٍ؛ لأنَّهما من أجزاءِ الحِنطَةِ، والمِعيارُ فيهما الكيلُ، لكن الكيلُ غيرُ مُسوٍّ بينهما وبين الحِنطَةِ؛ لاكتنازِهما فيه وتَخَلْخُلِ حَبَّاتِ الحِنطَةِ، فلا يجوزُ وإنْ كان كيلاً بكيلٍ.

(ويَجوزُ بَيْعُ الدَّقيقِ بالدَّقيقِ مُتساوِياً كيلاً)؛ لِتحقُّقِ الشَّرطِ.

(وبَيعُ الدَّقيقِ بالسَّوِيقِ لا يَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ مُتفاضِلاً ولا مُتساوِياً)؛ لأنَّه لا يجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالمقليَّةِ[2]، ولا بيعُ السَّويقِ بالحنطةِ، فكذا بيعُ

---

(١) أي: كلِّ الناس.

(٢) أي: بالحنطة المقليَّة، أي: المشويَّة. لكنوي.

وَيَجوزُ بَيْعُ اللَّحمِ بِالحَيَوانِ. وَيَجوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بالتَّمرِ مِثلاً بِمِثلٍ عندَ أبي حنيفة

أجزائِهما[1] لقيام المُجانسةِ من وجهٍ.

وعندهما: يجوزُ؛ لأنَّهما جنسانِ مختلفانِ؛ لاختلافِ المَقصودِ.

قلنا: مُعظَمُ المَقصودِ - وهو التَّغذِّي - يَشمَلُهما؛ فلا يُبالَى بفواتِ البعضِ، كالمَقليَّةِ مع غيرِ المَقليَّةِ، والعَلِكَةِ[2] بالمُسوِّسةِ.

قال: (وَيَجوزُ بَيْعُ اللَّحمِ بِالحَيَوانِ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا باعَهُ بلَحْمٍ من جنسِهِ لا يجوزُ، إلَّا إذا كان اللَّحمُ المُفرَزُ أكثرَ؛ لِيكونَ اللَّحمُ بِمُقابَلَةِ ما فيه[3] من اللَّحم، والباقي بِمُقابَلَةِ السَّقَطِ[4]، إذ لو لم يكن كذلك يتحقَّقُ الرِّبا من حيث زيادةُ السَّقَطِ، أو من حيثُ زيادةُ اللَّحمِ، فصار كالحَلِّ[5] بالسِّمسم.

ولهما: أنَّه باعَ المَوزونَ بما ليس بِمَوزونٍ، لأنَّ الحيوانَ لا يُوزَنُ عادةً، ولا يُمكِنُ معرفةُ ثِقَلِهِ بالوَزنِ؛ لأنَّه يُخفِّف نفسَهُ مرَّةً بصلابتِهِ ويُثقِّلُ أخرى، بخلاف تلك المسألةِ[6]؛ لأنَّ الوزنَ في الحَلِّ يُعرِّف قَدْرَ الدُّهنِ إذا مُيِّز بينه وبين الثَّجيرِ[7]، ويُوزَن الثَّجير.

قال: (وَيَجوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بالتَّمرِ مِثلاً بِمِثلٍ عندَ أبي حنيفة)، وقالا: لا يجوزُ؛ لقوله ﷺ حين سُئِل عنه: «أوَ يَنقُصُ إذا جَفَّ؟»، فقيل: نعم، فقال ﷺ: «لا إذاً»[8].

---

(١) الدَّقيقُ أجزاءُ الحنطة غير المَقليَّةِ، والسَّويقُ أجزاءُ الحنطةِ المَقليَّة.

(٢) الحنطةُ العَلِكةُ، هي الجيِّدةُ التي تكونُ كالعِلْك من صلابَتِها تمتدُّ من غيرِ انقطاع. عناية.

(٣) أي: ما في الحيوان.

(٤) المراد بالسَّقَط ما لا يصدُقُ عليه اسمُ اللَّحم، كالجلد والكرش والأمعاء والطِّحال. بناية.

(٥) وهوالشَّيرج.

(٦) أي: مسألة بيع الحَلِّ بالسِّمسم.

(٧) هو التُّفلُ من كلِّما يُعصر.

(٨) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب: ما يكره من بيع التمر بالرطب (٧٦٤) عن سعد بن =

وله: أنَّ الرُّطَب تَمرٌ لقوله ﷺ حين أُهدي إليه رُطَبٌ: «أكُلُّ تمرِ خَيبرَ هكذا؟»[1] سمَّاهُ تمراً.

وبَيعُ التَّمرِ بمثلِهِ جائزٌ لِما روينا[2]، ولأنَّه[3] لو كان تمراً جازَ البيعُ بأوَّل الحديث[4]، وإن كان غيرَ تَمرٍ فَبِآخِرِهِ، وهو قولُه ﷺ: «إذا اختلف النَّوعان فَبِيعوا كيف شئتم».

ومدارُ ما رَوَياه على زيدِ بن عيَّاش، وهو ضعيفٌ عند النَّقلة.

= أبي وقاص أنَّه سُئل عمَّن اشترى البَيضاءَ بالسُّلتِ، فقال له سعد: أيُّهما أفضل؟ قال: البيضاء، قال: فنهاه عن ذلك، وقال: سمعتُ رسول الله ﷺ يُسأل عن شراءِ التَّمر بالرُّطَب، فقال ﷺ: «أينقُصُ الرُّطَب إذا يَبِس؟» قالوا: نعم، فنهاه عن ذلك.

ورواه الحاكم (٢/ ٤٤) (٢٢٦٥) عن أبي عيَّاش قال: تَبايَعَ رجلانِ على عَهدِ سَعدِ بنِ أبي وقَّاص فقال: تَبايَعَ رجلانِ على عَهدِ رسول الله ﷺ بِبُسرٍ ورُطَبٍ فقال رسول الله ﷺ: «هل يَنقُصُ الرُّطَبُ إذا يَبِسَ؟» قالوا: نعم، قال: «فلا إذاً».

ومن طريق مالك رواه أصحاب السُّنن الأربعة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وأحمد في مسنده (١/ ١٧٥) (١٥١٥).

(١) قال: أخرج البخاري في الاعتصام بالكتاب والسُّنَّة، باب: إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود (٦٩١٨)، ومسلم في المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل (١٥٩٣) عن أبي هريرة، وأبي سعيد الخدري أنَّ النَّبيَّ ﷺ بعَثَ أخا بني عديٍّ الأنصاري فاستعمَلَهُ على خيبرَ، فقَدِمَ بِتَمرٍ جَنيبٍ، فقال له رسول الله ﷺ: «أكلُّ تمرِ خَيبَرَ هكذا؟»، قال: لا والله يا رسول الله، إنَّا لَنَشتري الصَّاعَ بالصَّاعَين من الجَمْع، فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعلوا، ولكن مِثلاً بمثلٍ، بِيعوا هذا واشتَرُوا بِثَمَنِهِ من هذا، وكذلك الميزان».

وفي لفظ آخر: إنَّا لَنأخُذُ الصَّاعَ من هذا بالصَّاعين، والصَّاعين بالثَّلاثة، فقال رسولُ الله ﷺ: «لا تفعَلْ، بِعِ الجَمْعَ بالدَّراهم، ثمَّ ابتَعْ بالدَّراهم جَنيباً».

(٢) انظر ص (١٣٤) ت (٢) عند قوله: «الحِنطةُ بالحِنطةِ مِثلاً بِمِثلٍ يداً بيدٍ، والفَضلُ رِباً».

(٣) أي: الرُّطب.

(٤) يعني: الحديث الذي مضى، فإنَّ أوله «التَّمر بالتَّمر».

وكذا العِنَبُ بالزَّبِيبِ. ....

قال: (وكذا العِنَبُ بالزَّبِيبِ) يعني: على الخلاف، والوجهُ ما بيَّنّاه[١]. وقيل: لا يجوزُ بالاتِّفاق اعتباراً بالحنطة المَقليَّةِ بِغَيرِ المَقليَّة.

والرُّطَبُ بالرُّطَب يجوزُ مُتَماثلاً كيلاً عندنا؛ لأنَّه بيعُ التَّمر بالتَّمر، وكذا بيعُ الحنطةِ الرَّطبةِ أو المَبلولةِ بِمِثلِها أو باليابسةِ، أو التَّمرِ أو الزَّبيبِ المُنْقَعِ بالمُنْقَعِ منهما مُتَماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوزُ جميعُ ذلك؛ لأنَّه يَعتبِرُ المساواةَ في أعدَلِ الأحوال، وهو المآل[٢]، وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَعتبِرُه في الحال، وكذا أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ عملاً بإطلاق الحديث[٣]، إلَّا أنَّه ترك هذا الأصلَ[٤] في بيعِ الرُّطَبِ بالتَّمر لِما رويناه لهما[٥].

ووجهُ الفرقِ لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ بينَ هذه الفُصولِ[٦] وبينَ الرُّطَب بالرُّطَب: أنَّ التَّفاوتَ فيها[٧] يظهرُ مع بقاءِ البَدَلين على الاسم الذي عُقِد عليه العَقْدُ، وفي الرُّطَب بالتَّمر مع بقاءِ أحَدِهما على ذلك، فيكون تفاوتاً في عَينِ المعقودِ عليه، وفي الرُّطَب بالرُّطَب التَّفاوت بعد زوالِ ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتاً في المعقودِ عليه، فلا يُعتَبَر.

---

(١) يعني: في بيع الرُّطَب بالتَّمر.

(٢) أي: عند الجفاف كما أشار إليه حديث سعد، وذلك مُنتفٍ في المبلولة والرَّطبة مع مثلها أو اليابسة. أمَّا مع اليابسةِ فظاهرٌ، وأمَّا المبلولة مع المبلولة فالتَّفاوتُ يقع في قَدرِ البلل. فتح.

(٣) أي: حديث عبادة بن الصَّامت المتقدم. فتح.

(٤) وهو المساواة في الحال.

(٥) يعني: من قوله ﷺ: «أينقص إذا جفَّ»، انظر ص (١٤٤) ت (٨).

(٦) أرادبها بيعَ الحنطة الرَّطبة أو المبلولة ... إلخ.

(٧) أي: في هذه الفصول.

ولا يَجوزُ بَيْعُ الزَّيتونِ بالزَّيتِ، والسِّمسم بالشَّيرجِ، حتَّى يكونَ الزَّيتُ والشَّيرجُ أكثَرَ مِمَّا في الزَّيتونِ والسِّمسِمِ، فَيكونُ الدُّهنُ بِمِثْلِهِ والزِّيادةُ بالثَّجِيرِ. ....

ولو باع البُسرَ بالتَّمرِ مُتفاضِلاً لا يجوزُ؛ لأنَّ البُسرَ تمرٌ، بخلاف الكُفُرَّى[1] حيثُ يجوزُ بيعُهُ بما شاءَ من التَّمر، اثنانِ بواحدٍ[2] لأنَّه ليس بتمرٍ، فإنَّ هذا الاسم له[3] مِنْ أوَّل ما تَنعقِدُ صورتُهُ لا قبله.

والكُفُرَّى عدديٌّ متفاوتٌ[4]، حتَّى لو باع التَّمرَ به نسيئةً لا يجوزُ؛ للجهالة.

قال: (ولا يَجوزُ بَيْعُ الزَّيتونِ بالزَّيتِ، والسِّمسم بالشَّيرجِ، حتَّى يكونَ الزَّيتُ والشَّيرجُ أكثَرَ مِمَّا في الزَّيتونِ والسِّمسِمِ، فَيكونُ الدُّهنُ بِمِثْلِهِ والزِّيادةُ بالثَّجِيرِ)؛ لأنَّ عند ذلك[5] يَعْرَى عن الرِّبا؛ إذْ ما فيه[6] من الدُّهنِ مَوزُونٌ، وهذا لأنَّ ما فيه لو كان أكثَرَ أو مساوياً له، فالثَّجيرُ وبعضُ الدُّهنِ أو الثَّجيرُ وحدَهُ فَضْلٌ، ولو لم يَعلَمْ مِقدارَ ما فيه لا يجوزُ؛ لاحتمال الرِّبا، والشُّبهةُ فيه كالحقيقة.

والجَوزُ بِدُهنِهِ، واللَّبَنُ بِسَمنِهِ، والعِنَبُ بِعَصيرِهِ، والتَّمرُ بِدُبسِهِ على هذا الاعتبار.

واختلفوا في القُطنِ بِغَزلِهِ[7]، والكِرْباسِ بالقُطنِ يجوزُ كيفما كان بالإجماع.

---

(١) «الكُفُرَّى» بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الرَّاء، كُمُّ النَّخل؛ لأنَّه يَستُرُ ما في جَوفِه.

(٢) أي: كيلاً من التَّمر بكيلين من الكُفُرَّى، وبالعكس.

(٣) أي: للتَّمر.

(٤) جوابُ سؤالٍ هو: أنَّه إذا لم يكن الكُفُرَّى تمراً ينبغي أن يجوزَ إسلامُ التَّمرِ فيه، وشراءُ التَّمر به نسيئةً. فقال: الكُفُرَّى عدديٌّ متفاوتٌ بالكِبَرِ والصِّغَر تفاوتاً غيرَ مُهدَرٍ، فلا يجوزُ إسلامُهُ فيه، ولا أن يشتري به نسيئةً للجَهالةِ فتقعُ المُنازعةُ.

(٥) أي: عند مقابلة الدُّهن بالدُّهن، ومقابلة الزَّائد بالثَّجير.

(٦) أي: في الزيتون والسِّمسم.

(٧) أي: اختلفوا في جواز بيعِ القطنِ بغَزلِهِ متساوياً، فقيل: لا يجوز، وقيل: يجوز. اهـ تمامه في العناية.

وَيَجوزُ بَيْعُ اللُّحمانِ المُختلِفَةِ، بَعضِها بِبَعضٍ مُتفاضِلاً، وكذلك ألبانُ البَقَرِ والغَنَم، وكذا خَلُّ الدَّقَلِ بِخَلِّ العِنَبِ، وكذا شَحمُ البَطنِ بالألْيَةِ أو باللَّحمِ. ويَجوزُ بَيعُ الخُبزِ بالحِنطَةِ والدَّقيقِ مُتفاضِلاً. ....

قال: (ويَجوزُ بَيْعُ اللُّحمانِ المُختلِفَةِ، بَعضِها بِبَعضٍ مُتفاضِلاً)، ومُرادُهُ لَحمُ الإبِلِ والبَقَرِ والغَنَمِ، فأمَّا البقرُ والجَواميسُ جِنسٌ واحدٌ، وكذا المَعزُ مع الضَّأنِ، وكذا العِرابُ مع البَخاتي.

قال: (وكذلك ألبانُ البَقَرِ والغَنَمِ)، وعن الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1] لا يجوزُ؛ لأنَّها جنسٌ واحدٌ لاتِّحادِ المَقصودِ.

ولنا: أنَّ الأصولَ مُختلِفةٌ، حتَّى لا يُكمَّلُ نصابُ أحدِهما بالآخَرِ في الزَّكاة، فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدَّلْ بالصَّنعةِ.

قال: (وكذا خَلُّ الدَّقَلِ[2] بِخَلِّ العِنَبِ)؛ للاختلاف بين أصلَيْهما، فكذا بين ماءيهما، ولهذا كان عصيراهما جنسين.

وشَعرُ المَعْزِ وصُوفُ الغَنَمِ جِنسان؛ لاختلاف المقاصد.

قال: (وكذا شَحمُ البَطنِ بالألْيَةِ أو باللَّحمِ)؛ لأنَّها أجناسٌ مختلِفَةٌ لاختلاف الصُّوَر والمعاني والمنافِعِ اختلافاً فاحشاً.

قال: (ويَجوزُ بَيعُ الخُبزِ بالحِنطَةِ والدَّقيقِ مُتفاضِلاً)؛ لأنَّ الخُبزَ صار عَدَديّاً أو موزوناً، فخرج من أن يكون مَكيلاً من كلِّ وجهٍ، والحِنطةُ مَكيلةٌ. وعن

---

(١) قال النووي في الروضة (٣/ ٥٩) الكتب العلمية: لحوم الحيوانات، هل هي جنس، أم أجناس؟ قولان. أظهرهما: أنهما أجناس ... إلخ.
وفي (٣/ ٦٠): والألبانُ أجناسٌ على المذهب، فيجوزُ بيعُ لبنِ البقرِ بلبنِ الغنمِ مُتفاضلاً، وبيعُ أحدِهما بما يُتَّخذُ من الآخر. ولبنُ الضَّأن والمَعزِ جنسٌ، ولبنُ الوعلِ مع المعزِ الأهليِّ جنسان.

(٢) الدَّقَل - بفتحتين - أردأ أنواع التَّمر.

ولا رِباً بينَ المَولَى وعَبدِهِ، ولا بينَ المُسلِمِ والحَربيِّ في دار الحَربِ.

أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه لا خيرَ فيه[1]، والفتوى على الأوَّل.

وهذا[2] إذا كانا نقدين، فإن كانت الحِنطَةُ نسيئةً جازَ أيضاً، وإن كان الخبزُ نسيئةً يجوزُ عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعليه الفتوى. وكذا السَّلَم في الخُبزِ جائزٌ في الصَّحيح.

ولا خيرَ في استقراضِهِ عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه يتفاوتُ بالخَبْزِ والخَبَّاز والتَّنوُّرِ والتَّقدُّم والتَّأخُّر.

وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجوز بهما للتَّعامل.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجوزُ وزناً ولا يجوز عدداً؛ للتَّفاوتِ في آحاده.

قال: (ولا رِباً بينَ المَولَى وعَبدِهِ)؛ لأنَّ العبد وما في يدِهِ مِلكٌ لمولاه، فلا يتحقَّقُ الرِّبا، وهذا إذا كان مأذوناً له، ولم يكن عليه دَيْنٌ، فإن كان عليه دَيْنٌ لا يَجوزُ بالاتِّفاق؛ لأنَّ ما في يدِهِ ليس مِلكَ المولى عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندهما تعَلَّقَ به حقُّ الغُرَماءِ، فصار كالأجنبيِّ، فيتحقَّقُ الرِّبا كما يتحقَّقُ بينه وبينَ مُكاتَبِهِ.

قال: (ولا بينَ المُسلِمِ والحَربيِّ في دار الحَربِ)، خلافاً لأبي يوسف والشَّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ[3].

---

(١) أي: لا يجوزُ، والتَّركيبُ للمبالغة في النَّهي؛ لأنَّه نكرةٌ في سياق النَّفي فتَعُمُّ نَفْيَ جميعِ جهاتِ الخير. عناية.

(٢) أي: جوازُ بيعِ الخُبزِ بالحنطة والدَّقيق متفاضلاً.

(٣) قال المجموع (٩/ ٣٩١) دار الفكر: يستوي في تحريم الرِّبا الرَّجلُ والمرأةُ، والعبدُ والمكاتَبُ بالإجماع، ولا فرقَ في تحريمِهِ بين دارِ الإسلامِ ودارِ الحربِ، فما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الحرب، سواء جرى بين مسلمين أو مسلمٍ وحربيٍّ، سواءٌ دخلَها المسلمُ بأمانٍ أم بغيره، هذا مذهبنا. اهـ.

لهما: الاعتبارُ بالمستأمِنِ منهم في دارنا.

ولنا: قولُهُ ﷺ: «لا رِبا بين المُسلمِ والحَربيِّ في دار الحرب»[١]، ولأنَّ مالَهُم مباحٌ في دارهم، فبأيِّ طريقٍ أخَذَه المسلمُ أخَذَ مالاً مباحاً إذا لم يكن فيه غَدْرٌ، بخلاف المستأمِنِ منهم؛ لأنَّ مالَهُ صار مَحظوراً بِعَقدِ الأمان.

---

(١) قال الزَّيلعي (٤/ ٤٤): غريب، وأسند البيهقيُّ في المعرفة في كتاب السِّيَر عن الشَّافعيِّ، قال: قال أبو يوسف: إنَّما قال أبو حنيفة هذا لأنَّ بعض المشيخة حدَّثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنَّه قال: «لا ربا بين أهلِ الحربِ»، أظنُّه قال: «وأهل الإسلام»، قال الشافعيُّ: وهذا ليس بثابت، ولا حجَّة فيه، انتهى كلامه.

باب الحقوق

ومَنِ اشتَرَى مَنزِلاً فَوْقَهُ مَنزِلٌ، فليس له الأعلى إلَّا أنْ يَشتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هو له، أو بِمَرافِقِهِ، أو بِكُلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيه أو منه. ومَنِ اشترى بيتاً فَوقَهُ بيتٌ بِكلِّ حَقٍّ، لم يكنْ له الأعلى، ومَنِ اشترى داراً بِحُدُودِها فَلَهُ العُلْوُ والكَنيفُ. ....

(باب الحقوق)

(ومَنِ اشتَرَى مَنزِلاً فَوْقَهُ مَنزِلٌ، فليس له الأعلى إلَّا أنْ يَشتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هو له، أو بِمَرافِقِهِ، أو بِكُلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيه أو منه).

(ومَنِ اشترى بيتاً فَوقَهُ بيتٌ بِكلِّ حَقٍّ، لم يكنْ له الأعلى، ومَنِ اشترى داراً بِحُدُودِها فَلَهُ العُلْوُ والكَنيفُ).

جمَعَ بين المَنزلِ والبيتِ والدَّارِ، فاسمُ الدَّارِ يَنتظِمُ العُلْوَ؛ لأنَّه اسمٌ لِما أُدير عليه الحدود، والعُلوُ من توابع الأصلِ وأجزائه، فيدخلُ فيه[1].

والبيتُ اسمٌ لِما يُبات فيه، والعُلوُ مِثلُه، والشَّيءُ لا يكونُ تبعاً لِمثلِهِ، فلا يدخُلُ فيه إلَّا بالتَّنصيص عليه.

والمنزلُ بينَ الدَّارِ والبيتِ؛ لأنَّه يتأتَّى فيه مَرافِقُ السُّكنى مع ضَربِ قُصورٍ، إذْ لا يكونُ فيه مَنزِلُ الدَّوابِّ، فَلِشَبَهِهِ بالدَّارِ يدخلُ العُلوُ فيه تَبَعاً عندَ ذِكْرِ التَّوابع، ولِشَبهِهِ بالبيت لا يدخلُ فيه بدونِهِ.

وقيل: في عُرفنا يدخلُ العُلوُ في جميع ذلك[2]؛ لأنَّ كلَّ مَسكَنٍ يُسمَّى بالفارسيَّة «خانة» ولا يخلو عن عُلوٍ، وكما يدخلُ العُلوُ في اسم الدَّارِ يدخلُ الكنيفُ؛ لأنَّه من توابِعِهِ.

---

(١) أي: في الأصل.

(٢) أي: في الدَّار والمنزل والبيت.

وَمَنِ اشترى بيتاً في دارٍ، أو مَنزِلاً، أو مَسكناً، لم يكنْ له الطَّريقُ إلَّا أنْ يَشتَرِيَهُ بِكُلِّ حقٍّ هو له، أو بِمَرافِقِهِ، أو بِكُلِّ قليلٍ وكثيرٍ، وكذا الشِّرْبُ والمَسِيلُ.

ولا تدخُلُ الظُّلَّةُ[1] إلَّا بِذِكرِ ما ذكرنا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[2]؛ لأنَّه مَبنيٌّ على هواءِ الطَّريق، فأخَذَ حكمَهُ.

وعندهما: إن كان مَفْتَحُه في الدَّار يدخلُ من غيرِ ذِكْرِ شيءٍ مِمَّا ذكرنا؛ لأنَّه من تَوابِعِه، فشابَهَ الكنيفَ.

قال: (وَمَنِ اشترى بيتاً في دارٍ، أو مَنزِلاً، أو مَسكناً، لم يكنْ له الطَّريقُ إلَّا أنْ يَشتَرِيَهُ بِكُلِّ حقٍّ هو له، أو بِمَرافِقِهِ، أو بِكُلِّ قليلٍ وكثيرٍ، وكذا الشِّرْبُ والمَسِيلُ)؛ لأنَّه[3] خارجُ الحدودِ إلَّا أنَّه من التَّوابع، فيدخلُ بذكرِ التَّوابع.

بخلاف الإجارةِ لأنَّها تُعقَدُ للانتفاع، فلا يَتحقَّقُ إلَّا به، إذِ المستأجِرُ لا يَشتري الطَّريقَ عادةً، ولا يَستأجِرُه، فيدخلُ تحصيلاً للفائدة المَطلوبةِ منه، أمَّا الانتفاعُ بالمَبيعِ مُمكِنٌ بدونِهِ؛ لأنَّ المشتري عادةً يشتريه[4]، وقد يَتَّجِرُ فيه فَيبيعُهُ من غيرِهِ، فحصلت الفائدة، والله تعالى أعلم.

---

(١) في المغرب: قول الفقهاء «ظلة الدار» يريدون السُّدَّة التي فوق الباب.

(٢) وهو قوله: «بِكُلِّ حَقٍّ هو له، أو بِمَرافِقِهِ، أو بِكُلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيه أو منه».

(٣) لأنَّ كلَّ واحد من الطَّريق والشِّربِ والمَسيلِ.

(٤) أي: يشتري الطَّريق والشِّربَ والمسيلَ.

باب الاستحقاق

ومَنِ اشترى جاريةً فَوَلَدَتْ عنده، فاسْتَحَقَّها رجلٌ بِبَيِّنةٍ، فإنَّه يأخُذُها ووَلَدَها، وإنْ أقَرَّ بها لِرَجُلٍ لم يَتْبَعْها وَلَدُها. ومَنِ اشترى عبداً فإذا هو حُرٌّ، وقد قال العبدُ للمشتري: «اِشتَرِني فإنِّي عبدٌ له»، فإن كان البائعُ حاضراً أو غائباً غيبةً معروفةً، لم يكن على العبد شيءٌ، وإن كان البائعُ لا يُدرَى أين هو رَجَع المُشتري على العبد، ورجع هو على البائع. ....

(باب الاستحقاق)

(ومَنِ اشترى جاريةً فَوَلَدَتْ عنده، فاسْتَحَقَّها رجلٌ بِبَيِّنةٍ، فإنَّه يأخُذُها ووَلَدَها، وإنْ أقَرَّ بها لِرَجُلٍ لم يَتْبَعْها وَلَدُها).

ووجهُ الفرق: أنَّ البيِّنةَ حُجَّةٌ مُطلَقَةٌ، فإنَّها كاسْمِها مُبِيِّنةٌ، فَيَظهرُ بها مُلكُهُ من الأصل، والولدُ كان متَّصلاً بها، فيكون له، أمَّا الإقرارُ فحُجَّةٌ قاصرةٌ يُثبِتُ المُلكَ في المُخبَرِ به ضرورةَ صحَّةِ الإخبار، وقد اندفَعَتْ بإثباتِهِ بعد الانفصالِ، فلا يكونُ الولدُ له.

ثمَّ قيل: يدخلُ الولدُ في القضاءِ بالأمِّ تَبَعاً، وقيل: يُشترطُ القضاءُ بالولد، وإليه تُشيرُ المسائلُ، فإنَّ القاضي إذا لم يَعلَم بالزَّوائد قال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تدخلُ الزَّوائدُ في الحُكمِ، فكذا الولدُ إذا كان في يدِ غيرِهِ لا يدخلُ تحتَ الحكمِ بالأمِّ تبَعاً.

قال: (ومَنِ اشترى عبداً فإذا هو حُرٌّ، وقد قال العبدُ للمشتري: «اِشتَرِني فإنِّي عبدٌ له»، فإن كان البائعُ حاضراً أو غائباً غيبةً معروفةً، لم يكن على العبد شيءٌ، وإن كان البائعُ لا يُدرَى أين هو رَجَع المُشتري على العبد، ورجع هو[1] على البائع).

---

(١) أي: العبد.

وإنِ ارتَهَنَ عبداً مُقِرَّاً بالعبوديَّةِ، فوجَدَهُ حرَّاً، لم يرجع عليه على كلِّ حال. ......

(وإنِ ارتَهَنَ عبداً مُقِرَّاً بالعبوديَّةِ، فوجَدَهُ حرَّاً، لم يرجع عليه على كلِّ حال).

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه لا يَرجِعُ فيهما؛ لأنَّ الرُّجوعَ بالمُعاوَضةِ أو بالكفالةِ، والموجودُ ليس إلَّا الإخبارُ كاذباً، فصار كما إذا قال الأجنبيُّ ذلك، أو قال العبدُ: «ارتَهِنِّي فإنِّي عبدٌ» وهي المسألةُ الثَّانية.

ولهما: أنَّ المشتري شَرَع في الشِّراء مُعتمِداً على أمرِهِ[1] وإقرارِهِ «إنِّي عبد»، إذ القولُ له في الحرِّيَّة، فَيُجعلُ العبدُ بالأمرِ بالشِّراءِ ضامناً لِلثَّمنِ له عندَ تَعذُّرِ رجوعِهِ على البائعِ، دفعاً للغُرُور والضَّررِ، ولا تَعذُّرَ إلَّا فيما لا يُعرَف مكانُهُ.

والبيعُ عقدُ مُعاوَضةٍ[2]، فأمكَنَ أن يُجعَل الآمِرُ به ضامِناً للسَّلامة، كما هو مُوجَبُه، بخلاف الرَّهن لأنَّه ليس بمعاوَضَةٍ، بل هو وثيقةٌ لاستيفاءِ عَينِ حقِّه، حتَّى يجوزُ الرَّهنُ ببدلِ الصَّرفِ والمُسلَم فيه مع حُرمةِ الاستبدالِ، فلا يُجعَلُ الأمرُ به ضماناً للسَّلامة، وبخلاف الأجنبيِّ لأنَّه لا يُعبأ بقوله، فلا يَتحقَّقُ الغُرور.

ونظيرُ مسألتنا قولُ المَولَى: «بايِعُوا عبدي هذا؛ فإنِّي قد أذِنتُ له» ثمَّ ظَهَرَ الاستحقاقُ، فإنَّهم يَرجِعونَ عليه بقيمته.

ثمَّ في وَضعِ المسألة ضَرْبُ إشكالٍ على قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ الدَّعوى شرطٌ[3] في حرِّيَّة العبدِ عنده، والتَّناقضُ يُفسِدُ الدَّعوى.

---

(١) أي: أمر العبد، حيثُ قال: «إشترني فأنا عبد».

(٢) كأنَّه جواب عمَّا يقال من جهة أبي يوسف، كيف فرَّقتم بين البيع والرَّهن في الرُّجوع وعدمه.

(٣) أي: دعوى الحرِّيَّة شرطٌ في القضاء بِبَيِّنَتِها، والدَّعوى لا تصحُّ من هذا العبد للتَّناقض، فإنَّ دعوى الحرِّيَّة تُناقِضُ تصريحَهُ برقِّه. فتح.

ومَنِ ادَّعى حقّاً في دارٍ، فَصالَحَهُ الذي في يدِهِ على مائةِ درهم، فاستُحِقَّتِ الدَّارُ إلَّا ذِراعاً منها، لم يَرجِعْ بشيءٍ، وإنِ ادَّعاها كلَّها فَصَالَحَهُ على مائةِ درهمٍ، فاستُحِقَّ منها شيءٌ، رَجَعَ بِحسابِهِ.

وقيل[1]: إذا كان الوضعُ في حرِّيَّةِ الأصلِ، فالدَّعوى فيها ليس بشرطٍ عنده؛ لِتضمُّنِهِ تحريمَ فَرجِ الأمِّ. وقيل: هو شرطٌ، لكنِ التَّناقضُ غيرُ مانعٍ؛ لِخَفاءِ العُلُوقِ[2]. وإن كان الوضعُ في الإعتاق فالتَّناقُضُ لا يمنعُ لاستبدادِ المَولَى به[3]، فصار كالمُختَلِعَة تقيمُ البيِّنَةَ على الطَّلَقات الثَّلاث قبلَ الخُلعِ[4]، والمكاتَبِ يُقيمُها على الإعتاق قبلَ الكتابة.

قال: (ومَنِ ادَّعى حقّاً في دارٍ) معناه: حقّاً مجهولاً (فَصالَحَهُ الذي في يدِهِ على مائةِ درهمٍ، فاستُحِقَّتِ الدَّارُ إلَّا ذِراعاً منها، لم يَرجِعْ بشيءٍ)؛ لأنَّ للمدَّعي أن يقول: دَعْوايَ في هذا الباقي.

قال: (وإنِ ادَّعاها كلَّها فَصَالَحَهُ على مائةِ درهمٍ، فاستُحِقَّ منها شيءٌ، رَجَعَ بِحسابِهِ)؛ لأنَّ التَّوفيقَ غيرُ ممكنٍ، فَوَجَب الرُّجوعُ بِبَدلِهِ عندَ فَواتِ سلامةِ المُبدَلِ.

ودلَّتِ المسألةُ على أنَّ الصُّلحَ عن المَجهولِ على معلومٍ جائزٌ؛ لأنَّ الجهالةَ فيما يَسقُط لا تُفضي إلى المنازعة، والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) أي: في الجواب عن هذا الإشكال.

(٢) أي: لِخَفاء حالِ العُلُوق؛ فإنَّه يُسبى مع أمِّه أو بدونها، ولا يُعلَم بحرِّيَّتها ورِقِّها حالَ العُلُوق به، فَيُقِرُّ بالرِّقِّ ثمَّ تظهرُ له حرِّيَّةُ أمِّه فيدَّعي الحريَّة. فتح.

(٣) أي: لانفراد المولى به، ولا يعلمُ العبدُ فَيُقِرُّ بالرِّقِّ، ثمَّ يعلمه فيدَّعيه. فتح.

(٤) فتقبل البيِّنة.

فصل في بيع الفضولي

ومَنْ باعَ مِلكَ غَيرِهِ بِغَيرِ أمرِهِ، فالمالِكُ بالخيار: إنْ شاءَ أجازَ البيعَ، وإنْ شاءَ فَسَخَ، ولَهُ الإجازَةُ إذا كان المَعقودُ عليه باقياً والمُتعاقِدانِ بِحالِهِما ....

(فصل في بيع الفضولي)

قال: (ومَنْ باعَ مِلكَ غَيرِهِ بِغَيرِ أمرِهِ، فالمالِكُ بالخيار: إنْ شاءَ أجازَ البيعَ، وإنْ شاءَ فَسَخَ). وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنعقِدُ؛ لأنَّه لم يَصدُر عن ولايةٍ شرعيَّةٍ؛ لأنَّها بالمِلك أو بإذنِ المالكِ، وقد فُقِدا، ولا انعقادَ إلَّا بالقُدرةِ الشَّرعيةِ[١].

ولنا: أنَّه تَصرُّفُ تمليكٍ، وقد صَدَرَ من أهلِهِ في محلِّهِ، فوَجَب القولُ بانعقادِهِ، إذ لا ضرَرَ فيه للمالك مع تَخييرِهِ، بل فيه نَفعُهُ حيث يُكفَى مُؤْنَةَ طَلبِ المشتري وقَرارِ الثَّمنِ وغيرِهِ، وفيه نَفْعُ العاقدِ لِصَونِ كلامِهِ عن الإلغاء، وفيه نَفْعُ المشتري، فثَبَتَ القدرةُ الشَّرعيَّةُ تحصيلاً لهذه الوجوه، كيف وإنَّ الإذنَ ثابتٌ دِلالةً؛ لأنَّ العاقل يأذَنُ في التَّصرُّف النَّافع.

قال: (ولَهُ الإجازَةُ إذا كان المَعقودُ عليه باقياً والمُتعاقِدانِ بِحالِهِما)؛ لأنَّ الإجازَةَ تَصرُّفٌ في العقد، فلا بدَّ من قيامِهِ، وذلك بقيام العاقِدَينِ والمَعقودِ عليه.

وإذا أجاز المالكُ كان الثَّمَنُ مَملُوكاً له، أمانةً في يدِهِ[٢] بمنزلةِ الوكيل؛ لأنَّ الإجازَةَ اللاحِقَةَ بمنزلةِ الوكالةِ السَّابقةِ.

وللفضوليِّ أن يفسخَ قبلَ الإجازةِ دَفعاً للحقوق عن نفسِهِ[٣]، بخلافِ الفُضوليِّ

---

(١) قال في المجموع (٩/ ٢٥٩) دار الفكر: لو باع مالَ غيرِهِ بغيرِ إذنٍ ولا ولايةٍ، فقولان، الصَّحيحُ أنَّ العقدَ باطلٌ، وهذا نصُّه في الجديد وبه قطع المصنِّف. والقول الثاني، وهو القديم، أنَّه يَنعقِدُ موقوفاً على إجازة المالك، إن أجاز صحَّ البيعُ وإلا لغا. اهـ.

(٢) أي: في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمنه.

(٣) فإنَّه بعدَ الإجازةِ يصيرُ كالوكيل، فترجعُ حقوقُ العقدِ إليه، فَيُطالَب بالتَّسليم، ويُخاصَمُ في العيب، وفي ذلك ضررٌ به، فله دفعُهُ عن نفسِهِ قبلَ ثُبوته عليه. فتح.

ومَنْ غَصَبَ عبداً فباعَهُ وأعتَقَهُ المشتري، ثُمَّ أجازَ المَولَى البيعَ، فالعِتقُ جائزٌ،

في النِّكاح[١]؛ لأنَّه مُعبِّر مَحضٌ[٢].

هذا[٣] إذا كان الثَّمنُ دَيناً، فإن كان عَرَضاً مُعيَّناً إنَّما تصحُّ الإجازةُ إذا كان العَرَضُ باقياً أيضاً، ثمَّ الإجازةُ[٤] إجازةُ نَقدٍ، لا إجازةُ عَقدٍ، حتَّى يكونُ العَرَضُ الثَّمَنُ مملوكاً للفضوليِّ، وعليه مِثلُ المَبيعِ إن كان مثليًّا، أو قيمتُهُ إن لم يكن مثليًّا، لأنَّه شراءٌ من وجهٍ، والشِّراءُ لا يتوقَّفُ على الإجازة.

ولو هَلَكَ المالِكُ لا يَنفُذُ بإجازةِ الوارثِ في الفَصلَينِ[٥]؛ لأنَّه توقَّف على إجازةِ المُورِّث لنفسه، فلا يجوزُ بإجازة غيرِهِ.

ولو أجاز المالكُ في حياتِهِ ولا يَعلَمُ حالَ المبيعِ، جازَ البيعُ في قولِ أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ أوَّلاً، وهو قولُ محمَّد رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ الأصلَ بقاؤه، ثمَّ رجع أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ وقال: لا يصحُّ حتَّى يعلَمَ قيامَهُ عندَ الإجازة؛ لأنَّ الشَّكَّ وَقَع في شرطِ الإجازةِ، فلا يثبُتُ مع الشَّكِّ.

قال: (ومَنْ غَصَبَ عبداً فباعَهُ وأعتَقَهُ المشتري، ثُمَّ أجازَ المَولَى البيعَ، فالعِتقُ جائزٌ) استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ: لا يجوزُ؛ لأنَّه لا عِتقَ بدونِ المِلْكِ، قال ﷺ: «لا عِتقَ فيما لا يَملِكُ ابنُ آدم»[٦] ....

(١) ليس له أن يفسخَ النِّكاح قبل إجازةِ المعقود له.

(٢) أي: كناقِلِ عبارة، فبالإجازةِ تَنتقِلُ العبارةُ إلى المالك، فتصيرُ الحقوقُ مَنوطةً به لا بالفضوليِّ، فلا يلزمُهُ بالإجازة ضرَرُ تَعلُّقِ الحقوق. فتح.

(٣) أي: ما قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه.

(٤) أي: في بيع المقايضة، يعني: فيما إذا كان الثَّمنُ عرضاً.

(٥) أي: فيما إذا كان الثَّمنُ عَرَضاً أو ديناً.

(٦) قال: أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب: اليمين في قطيعة الرحم (٣٢٧٤)، والترمذي في الطلاق، باب: ما جاء لا طلاق قبل النكاح (١١٨١)، واللفظ له، عن عَمرو بن شُعيب =

والموقوف لا يفيد الملك[1]، ولو ثَبَتَ في الآخرةِ[2] يَثبُتُ مُستنِداً، وهو ثابتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، والمُصحِّحُ للإعتاق المِلكُ الكاملُ لما روينا، ولهذا[3] لا يصحُّ أن يَعتِقَ الغاصبُ ثمَّ يُؤدِّي الضَّمان، ولا أن يَعتِقَ المُشتري والخيارُ للبائعِ، ثمَّ يُجيز البائعُ ذلك، وكذا لا يصحُّ بيعُ المشتري من الغاصِبِ فيما نحن فيه، مع أنَّه أسرعُ نَفاذاً، حتَّى نفَذَ من الغاصب إذا أدَّى الضَّمان، وكذا لا يصحُّ إعتاقُ المشتري من الغاصبِ إذا أدَّى الغاصبُ الضَّمانَ.

ولهما: أنَّ المِلكَ يثبُتَ موقوفاً بتصرُّفٍ مُطلَقٍ مَوضوعٍ لإفادة المِلْك، ولا ضرر فيه[4] على ما مَرَّ[5]، فيتوقَّفُ الإعتاقُ مرتَّباً عليه، ويَنفُذُ بِنَفاذِهِ، فصار[6] كإعتاقِ المشتري من الرَّاهن[7]، وكإعتاق الوارثِ عبداً من التَّركةِ وهي مُستغرَقَةٌ بالدُّيون، يصحُّ ويَنفُذُ إذا قضَى الدُّيونَ بعد ذلك.

بخلافِ إعتاقِ الغاصِبِ بنفسِهِ؛ لأنَّ الغَصْبَ غيرُ موضوعٍ لإفادة المِلْك.

وبخلافِ ما إذا كان في البيعِ خيارُ البائعِ؛ لأنَّه ليس بمُطلَق، وقِرانُ الشَّرطِ به[8] يمنعُ انعقادَهُ في حقِّ الحكمِ أصلاً.

= عن أبيه عن جدِّه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نَذْرَ لابن آدم فيما لا يَملِكُ، ولا عِتقَ له فيما لا يَملِك، ولا طلاقَ له فيما لا يَملِك»، وقال: حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب.

(١) أي: الموقوف نفوذه على إجازة مالكِ ظاهرِ المِلْك، وهو المغصوب منه هنا، لا يفيد المِلكَ للمشتري في الحال. بناية.

(٢) أي: عند الإجازة. فتح.

(٣) أي: لأجل أنَّ الشَّرط المِلكُ الكاملُ.

(٤) أي: في الإعتاق.

(٥) أشار به إلى قوله قريباً: «إذ لا ضرَرَ فيه للمالك مع تَخييرِهِ».

(٦) أي: صار إعتاق المشتري من الغاصب.

(٧) فإنَّه يتوقَّف نفاذُهُ على إجازة المُرتهِنِ أو فكِّ الرَّهن. والجامع بينهما أنَّه إعتاقٌ في بيع موقوف.

(٨) بالبيع أو العقد.

فإنْ قُطِعَتْ يدُ العبدِ، فأَخَذَ أَرْشَها، ثُمَ أجازَ المَولَى البيعَ، فالأرشُ لِلمُشتري، ويَتَصَدَّقُ بما زادَ على نِصفِ الثَّمنِ، ....

وبخلاف بَيعِ المشتري من الغاصِبِ إذا باعَ[1]؛ لأنَّ بالإجازة[2] يَثبُتُ للبائع[3] مِلكٌ باتٌّ، فإذا طرأ على مِلكٍ موقوفٍ لِغيرِه أبطَلَه.

وأمَّا إذا أدَّى الغاصبُ الضَّمانَ، ينفُذُ إعتاقُ المشتري منه، كذا ذكره هلال رَحِمَهُ اللَّهُ وهو الأصحُّ.

قال: (فإنْ قُطِعَتْ يدُ العبدِ[4]، فأخَذَ أَرْشَها، ثُمَ أجاز المَولَى البيعَ، فالأرشُ لِلمُشتري)؛ لأنَّ المِلكَ قد تَمَّ له من وقتِ الشِّراء، فتبيَّنَ أنَّ القطعَ حصَلَ على مِلكِهِ.

وهذه[5] حُجَّةٌ على محمد، والعذرُ له أنَّ المِلكَ من وجهٍ يكفي لاستحقاق الأرشِ، كالمكاتب إذا قُطِعَت يدُهُ وأخَذَ الأرشَ ثمَّ رُدَّ في الرِّقِّ، يكونُ الأرشُ للمولى، وكذا إذا قُطِعت يدُ المشتَرَى في يد المشتري والخيارُ للبائع، ثمَّ أجيز البيعُ، فالأرشُ للمشتري، بخلاف الإعتاق[6] على ما مرَّ[7].

(ويَتَصَدَّقُ بما زادَ على نِصفِ الثَّمنِ)؛ لأنَّه[8] لم يدخل في ضمانِهِ، أو فيه شبهةُ

---

(1) معناه: أنَّ الذي اشترى من الغاصب إذا باع ما اشتراه، لا يتوقَّف بيعُهُ على إجازة المالك، بل يبطل. بناية.

(2) أي: للبيع الأوَّل.

(3) وهو المشتري من الغاصب.

(4) إذا قُطِعت يدُ العبدِ في يد المشتري من الغاصب. عناية.

(5) أي: كونُ الأرشِ للمشتري حجَّةٌ على محمَّد في عَدَم تَجويزِ الإعتاقِ في المِلكِ الموقوف؛ لِما أنَّه لو لم يكن للمشتري شيءٌ من المِلكِ لَما كان له الأرشُ عند الإجازة. عناية.

(6) يعني: لا ينفُذُ إعتاقُ المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع. عناية.

(7) من أنَّ المصحِّحَ للإعتاق هو المِلك الكامل، لا المِلك من وجهٍ دونَ وجهٍ. بناية.

(8) أي: ما زاد على نصف الثَّمن لم يدخل في ضمان المشتري.

فإنْ باعَهُ المشتري من آخَرَ، ثمَّ أجازَ المَولَى البيعَ الأوَّلَ، لم يَجُزِ البيعُ الثَّاني، فإنْ لم يَبِعْهُ المُشتري فماتَ في يَدِهِ أو قُتِلَ، ثمَّ أجازَ البيعَ، لم يَجُزْ. ومَنْ باعَ عَبدَ غيرِهِ بِغَيرِ أمرِهِ، وأقامَ المُشتري البَيِّنَةَ على إقرارِ البائع، أو رَبُّ العبدِ أنَّه لم يَأمُرْهُ بالبيع، وأرادَ رَدَّ المَبيعَ، لم تُقبَلْ بيِّنتُهُ، ....

عَدَم المِلْك[١].

قال: (فإنْ باعَهُ المشتري من آخَرَ[٢]، ثمَّ أجازَ المَولَى البيعَ الأوَّلَ، لم يَجُزِ البيعُ الثَّاني)؛ لِما ذكرنا[٣]، ولأنَّ فيه غَرَرَ الانفساخِ على اعتبارِ عَدَم الإجازةِ في البيعِ الأوَّل، والبيعُ يَفسُدُ به، بخلاف الإعتاق عندهما[٤]؛ لأنَّه لا يُؤثِّر فيه الغَرَرُ.

قال: (فإنْ لم يَبِعْهُ المُشتري فماتَ في يَدِهِ أو قُتِلَ، ثمَّ أجازَ البيعَ، لم يَجُزْ)؛ لِما ذكرنا أنَّ الإجازةَ من شُروطِها قيامُ المعقودِ عليه، وقد فاتَ بالموت، وكذا بالقتل، إذ لا يُمكِن إيجابُ البدلِ للمشتري بالقتل حتَّى يُعَدَّ باقياً ببقاء البدل؛ لأنَّه لا مِلكَ للمشتري عند القتلِ مِلكاً يُقابَل بالبدل، فتحقَّق الفوات.

بخلاف البيع الصَّحيح[٥]؛ لأنَّ مِلكَ المشتري ثابتٌ، فأمكَنَ إيجابُ البدلِ له، فيكونُ المبيعُ قائماً بقيام خَلَفِه.

قال: (ومَنْ باعَ عَبدَ غيرِهِ بِغَيرِ أمرِهِ، وأقامَ المُشتري البَيِّنَةَ على إقرارِ البائع، أو رَبُّ العبدِ أنَّه لم يَأمُرْهُ بالبيع، وأرادَ[٦] رَدَّ المَبيعَ، لم تُقبَلْ بيِّنتُهُ)؛ للتَّناقضِ

---

(١) أي: أو في أخذ الأرش بعد القبض شبهةُ عدمِ الملك؛ لأنَّ الملكَ يَثبُت يومَ قطعِ اليد مُستنداً إلى وقتِ البيعِ، وهو ثابتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، فلا يطيبُ الرِّبحُ الحاصلُ به. بناية، وعناية.

(٢) يعني: إن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر.

(٣) من أنَّ بالإجازة يَثبُت للبائع مِلكٌ باتٌّ، والمِلكُ الباتُّ إذا طرأ على مِلك موقوفٍ لِغَيره أبطَلَه.

(٤) أي: عند أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث يَنفُذُ إعتاقُ المشتري من الغاصب بعد الإجازة على قولهما. بناية.

(٥) يعني: في البيع الصَّحيحُ إذا قُتل العبدُ قبل القبضِ يمكن إيجابُ البدل للمشتري. بناية.

(٦) أي: المشتري.

وإنْ أَقَرَّ البائعُ بذلك عندَ القاضي بَطَل البيعُ إنْ طلَبَ المشتري ذلك. ومَن باع داراً لِرَجلٍ وأدخَلَها المشتري في بِنائِهِ، لم يَضمَنِ البائعُ.

في الدَّعوى، إذِ الإقدامُ على الشِّراء إقرارٌ منه بصحَّتِهِ[١]، والبيِّنةُ مَبنيَّةٌ على صحَّة الدَّعوى.

(وإنْ أقَرَّ البائعُ بذلك[٢] عندَ القاضي بَطَل البيعُ إنْ طلَبَ المشتري ذلك)[٣]؛ لأنَّ التَّناقض لا يمنعُ صحَّةَ الإقرارِ، وللمشتري أن يُساعِدَه على ذلك، فيتحقَّقُ الاتِّفاقُ بينهما[٤]، فلهذا شُرِط طَلَبُ المشتري.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: وذَكَر في الزِّيادات أنَّ المشتري إذا صَدَّقَ مُدَّعيه[٥]، ثمَّ أقام البيِّنةَ على إقرار البائع أنَّه[٦] للمُستحِقِّ، تُقبل[٧].

وفَرَّقوا[٨] أنَّ العبدَ في هذه المسألةِ في يدِ المُشتري، وفي تلك المسألةِ في يدِ غيرِهِ وهو المُستحِقُّ، وشَرطُ الرُّجوعِ بالثَّمنِ أن لا يكونَ العينُ سالماً للمشتري.

قال: (ومَن باع داراً لِرَجلٍ[٩] وأدخَلَها المشتري في بِنائِهِ، لم يَضمَنِ البائعُ[١٠])

---

(١) أي: إقرارٌ بصحَّة الشِّراء، وأنَّ البائعَ يَملِكُ البيعَ، ثمَّ دعواه بعد ذلك أنَّه باع بغير أمرِ صاحبِهِ دليلٌ على عَدَمِ صحَّةِ الشِّراء، وأنَّ البائعَ لم يَملِكِ البيعَ، فحصل التَّناقض المُبطِلُ للدَّعوى. عناية.

(٢) أي: بأنَّه باعه العبد بغير أمر المالك.

(٣) أي: إبطال البيع.

(٤) فينفذ قضاء القاضي عليهما.

(٥) يوضِّحه: رجل ادعَّى على المشتري أنَّ ذلك العبد له، وصدَّقه المشتري في ذلك. بناية.

(٦) أي: المبيع.

(٧) تُقبل البيِّنةُ وإن تناقض في دعواه. ولفهم وجهِ التَّناقض انظر ت (١) من هذه الصحيفة.

(٨) أي: المشايخ بين روايتي الجامع الصَّغير والزِّيادات.

(٩) أي: عَرَصَة غيرِهِ بغيرِ أمرِهِ. وفي جامع فخر الإسلام: معنى المسألةِ إذا باعَها ثمَّ اعترَف بالغَصبِ بعدما أدخلها المشتري في بنائه، فكذَّبه المشتري. فتح.

(١٠) لمن أقرَّ بالغصب منه.

عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ آخراً، وكان يقول أوّلاً: يَضمَنْ البائع، وهو قول محمد رَحِمَهُ اللَّهُ، وهي مسألةُ غَصبِ العقار[1]، وسنبيِّنُه في الغصب إن شاء الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

(١) هل يَتحقَّق أو لا؟ عند أبي حنيفة لا، فلا يَضمَنُ، وعند محمد نعم، فيضمن. فتح.

باب السَّلَم

(باب السَّلَم[1])

السَّلَمُ عقدٌ مشروعٌ بالكتاب، وهو آيةُ المُدايَنةِ، فقد قال ابنُ عبَّاس رضي الله عنهما: أشهدُ أنَّ الله تعالى أحَلَّ السَّلَفَ المَضمونَ، وأنزَلَ فيها أطوَلَ آيةٍ في كتابِهِ، وتلا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية[2].

وبالسُّنَّة، وهو ما روي «أنَّه ﷺ نهى عن بَيعِ ما ليس عند الإنسان ورَخَّصَ في السَّلَم»[3]، والقياسُ وإنْ كان يأباه ولكنَّا تركناه بما رويناه.

ووجهُ القياسِ أنَّه بيعُ المَعدومِ؛ إذِ المَبيعُ هو المُسلَم فيه.

---

(١) السَّلم في اللغة: عبارةٌ عن نوعِ بَيعٍ مُعَجَّلٍ فيه الثَّمن. وفي اصطلاح الفقهاء: هو أخذُ عاجِلٍ بآجِلٍ. عناية.

(٢) قال: رواه الحاكم في المستدرك (٢/ ٣١٤) (٣١٣٠) في تفسير سورة البقرة عن ابن عباس، قال: أشهد أنَّ السَّلفَ المضمونَ إلى أجلٍ مسمًّى قد أحَلَّه اللهُ في الكتاب، وأذِنَ فيه، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ٤٥): غريب بهذا اللفظ، والذي يظهر أنَّه مركَّبٌ من حديثين:
- حديث النَّهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، أخرجه أصحاب السُّنن الأربعة، وهو عند الترمذي في البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٢٣٤)، وأبو داود في الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤) عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَحلُّ سَلَفٌ وبَيعٌ، ولا شَرطانِ في بَيعٍ، ولا رِبحُ ما لم يَضْمَن، ولا بَيعُ ما ليس عندك»، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
- وحديث الرُّخصة في السَّلم، أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّة في كُتُبهم، وهو عند البخاري في السَّلف، باب: السلم في وزن معلوم (٢١٢٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قَدِمَ النَّبيُّ ﷺ المدينةَ وهم يُسلِفُون بالتَّمر السَّنتينِ والثَّلاثَ، فقال: «مَن أسلَفَ في شيءٍ ففي كيلٍ مَعلومٍ إلى أجَلٍ مَعلومٍ».

وهو جائزٌ في المَكيلاتِ والمَوزوناتِ وكذا في المَذرُوعاتِ، وكذا في المَعدُوداتِ التي لا تتفاوتُ كالجَوزِ والبَيضِ. ....

قال: (وهو جائزٌ في المَكيلاتِ والمَوزوناتِ)؛ لقوله ﷺ: «مَن أسلَمَ منكم فَليُسلِمْ في كيلٍ معلومٍ ووَزنٍ مَعلومٍ إلى أجَلٍ مَعلومٍ»[١].

والمرادُ بالمَوزوناتِ غيرُ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ لأنَّهما أثمان، والمُسلَمُ فيه لا بدَّ أن يكون مُثمَناً، فلا يصحُّ السَّلَمُ فيهما[٢]، ثمَّ قيل: يكون باطلاً، وقيل: يَنعقِدُ بيعاً بِثَمنٍ مُؤجَّلٍ تَحصيلاً لِمَقصودِ المُتعاقدين بحَسَبِ الإمكان، والعِبرةُ في العقودِ للمعاني، والأوَّلُ أصحّ؛ لأنَّ التَّصحيحَ إنَّما يجبُ في محلٍّ أوجَبَا العقدَ فيه[٣]، ولا يُمكِنُ ذلك.

قال: (وكذا في المَذرُوعاتِ)؛ لأنَّه يُمكِن ضبطُها بذكرِ الذَّرعِ والصِّفةِ والصَّنعةِ، ولا بدَّ منها لِترتفعَ الجَهالةُ فيتحقَّقُ شرطُ صحَّةِ السَّلم.

(وكذا في المَعدُوداتِ التي لا تتفاوتُ كالجَوزِ والبَيضِ)؛ لأنَّ العدديَّ المُتقارِبَ معلومُ القَدرِ مَضبوطُ الوَصفِ مَقدورُ التَّسليمِ، فيجوزُ السَّلَمُ فيه، والصَّغيرُ والكبيرُ فيه سواءٌ؛ لاصطلاح النَّاسِ على إهدارِ التَّفاوتِ.

بخلاف البِطِّيخ والرُّمَّان؛ لأنَّه يَتفاوتُ آحادُهُ تفاوتاً فاحشاً، وبِتَفاوتِ الآحاد في الماليَّة يُعرَفُ العدديُّ المُتقارِبُ.

(١) الحديث أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ - كما في نصب الراية - ولفظُ مسلم في المساقاة، باب: السَّلم (١٦٠٤) عن ابن عباس قال: قَدِم رسول الله ﷺ والنَّاسُ يُسلِفُون، فقال لهم رسولُ الله ﷺ: «مَنْ أسلَفَ فلا يُسلِفْ إلَّا في كَيلٍ مَعلُومٍ ووَزنٍ مَعلُومٍ».

(٢) وصورته: أن يُسلم ثوباً أو غيرَهُ من المكيل أو الموزون في عشرة دراهم أو دنانير.

(٣) معناه: أنَّ تصحيحَ العقدِ إنَّما يكون في المَحلِّ الذي أوجبَ المتعاقدان البيعَ فيه، لا في غيره، وهما لم يُوجِباه إلَّا في الدَّراهم، ولا يُمكِن تصحيحُ العقدِ باعتبارها، بل باعتبار الثَّوبِ، ولم يُوجِباه فيه، فكان في غير محلِّه. فتح.

ولا يَجُوزُ السَّلَمُ في الحَيَوانِ ....

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه لا يجوزُ في بَيضِ النَّعامةِ؛ لأنَّه يَتفاوتُ آحادُهُ في الماليَّة.

ثمَّ كما يجوزُ السَّلَم فيها[1] عدداً يجوزُ كيلاً. وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجوزُ كيلاً؛ لأنَّه عدديٌّ، وليس بِمَكيل. وعنه: أنَّه لا يجوزُ عدداً أيضاً للتَّفاوت.

ولنا: أنَّ المِقدارَ مرَّةً يُعرَفُ بالعَدَد وتارةً بالكيل، وإنَّما صار مَعدُوداً بالاصطلاح، فيصيرُ مكيلاً باصطلاحهما.

وكذا[2] في الفُلُوس عدداً، وقيل: هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ. وعند محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجوزُ؛ لأنَّها أثمان.

ولهما: أنَّ الثَّمنيَّة في حقِّهما باصطلاحهما، فَتبطُلُ باصطلاحِهما، ولا تعودُ وزنيّاً، وقد ذكرناه من قبلُ[3].

(ولا يَجُوزُ السَّلَمُ في الحَيَوانِ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[4]: يجوزُ؛ لأنَّه يصيرُ معلوماً بِبَيانِ الجِنْس والسِّنِّ والنَّوعِ والصِّفة، والتَّفاوتُ بعد ذلك يسيرٌ، فأشبَهَ الثِّياب.

ولنا: أنَّه بعد ذِكرِ ما ذُكِر يَبقَى فيه تَفاوُتٌ فاحِشٌ في الماليَّةِ باعتبار المعاني الباطنةِ، فَيُفضي إلى المنازعة، بخلاف الثِّيابِ؛ لأنَّه مصنوعُ العبادِ، فقَلَّما يتفاوتُ الثَّوبان إذا نُسِجا على مِنوالٍ واحدٍ، وقد صَحَّ «أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن

---

(١) أي: العدديَّات المتقاربة.

(٢) أي: كذا يجوز السَّلم.

(٣) أي: في باب الرِّبا، في مسألة بيع الفَلْس بالفلسين.

(٤) يجوز السَّلم في الحيوان عند الشافعية، وفيه تفصيل انظره في الروضة للنووي (٣/ ٢٥٩) وما بعدها، الكتب العلمية.

ولا في أطرافِهِ كالرُّؤوسِ والأكارعِ، ولا في الجُلُودِ عَدَداً، ولا في الحَطَبِ حُزَماً، ولا في الرَّطبة جُرَزاً. ولا يَجوزُ السَّلَمُ حتَّى يَكونَ المُسلَمُ فيه مَوجوداً مِنْ حِينِ العَقدِ إلى حِينِ المَحَلِّ، حتَّى لو كان مُنقطِعاً عندَ العَقدِ مَوجُوداً عندَ المَحَلِّ، أو على العكس، أو مُنقطِعاً فيما بينَ ذلك، لا يَجوزُ. ....

السَّلَم في الحيوان»[1]، ويدخلُ فيه جميعُ أجناسِهِ حتَّى العصافيرُ.

قال: (ولا في أطرافِهِ كالرُّؤوسِ والأكارعِ[2])؛ للتَّفاوُتِ فيها؛ إذ هو عدديٌّ مُتفاوِتٌ لا مُقدِّرَ لها.

قال: (ولا في الجُلُودِ عَدَداً، ولا في الحَطَبِ حُزَماً، ولا في الرَّطبة جُرَزاً) للتَّفاوت فيها، إلَّا إذا عَرَّف[3] ذلك بأن بَيَّن له[4] طُولَ ما يَشُدُّ به الحُزمةَ، أنَّه شِبرٌ أو ذراعٌ، فحينئذٍ يجوزُ إذا كان على وجهٍ لا يَتفاوَتُ.

قال: (ولا يَجوزُ السَّلَمُ حتَّى يَكونَ المُسلَمُ فيه مَوجوداً مِنْ حِينِ العَقدِ إلى حِينِ المَحَلِّ[5]، حتَّى لو كان مُنقطِعاً عندَ العَقدِ مَوجُوداً عندَ المَحَلِّ، أو على العكس، أو مُنقطِعاً فيما بينَ ذلك، لا يَجوزُ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[6]: يجوزُ إذا كان موجوداً وقتَ المَحَلِّ؛ لِوُجودِ القدرةِ على التَّسليمِ حالَ وُجوبِهِ.

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ٤٦): أخرجه الحاكم في المستدرك، والدار قطني في سننه عن ابن عباس «أنَّ النبيَّ ﷺ نهى عن السَّلف في الحيوان»، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) وهو جمع «كراع» وهو ما دونَ الرُّكبة في الدَّوابِّ. فتح.

(٣) أي: المسلَم إليه.

(٤) أي: لربِّ السَّلم، وهو صاحب الثَّمن.

(٥) أي: إلى وقت حلول الأجل.

(٦) لم يشترط الشَّافعيَّةُ وجودَ المسلم فيه عند العقدِ، بل الشرطُ عندهم وجودُهُ وقت التَّسليم، قال النووي في المنهاج: يُشترطُ كونُ المُسلَمِ فيه مقدوراً على تسليمه عندَ وجوبِ التَّسليم، فإن كان يوجد ببلدٍ آخَرَ صحَّ إن اعتيد نقلُه للبيع، وإلا فلا. اهـ انظر مغني المحتاج (٢/ ١٤٥) دار الفكر.

ولَوِ انقَطَعَ بعدَ المَحلِّ، فَرَبُّ السَّلَمِ بالخيار: إنْ شاءَ فَسَخَ السَّلَمَ، وإنْ شاءَ انتَظَرَ وُجُودَهُ. ويَجوزُ السَّلَمُ في السَّمَكِ المالِحِ وَزْناً مَعلُوماً وضَرْباً مَعلُوماً. ولا خَيْرَ في السَّلَمِ في السَّمَكِ الطَّرِيِّ، إلّا في حِينِهِ وَزْناً مَعلُوماً وضَرْباً مَعلُوماً. ......

ولنا: قوله ﷺ: «لا تُسلِفُوا في الثِّمار حتَّى يبدو صلاحُها»[1]، ولأنَّ القدرةَ على التَّسليمِ بالتَّحصيل، فلا بدَّ من استمرارِ الوُجودِ في مدَّة الأجل لِيتمكَّنَ من التَّحصيل.

(ولَوِ انقَطَعَ بعدَ المَحلِّ، فَرَبُّ السَّلَمِ بالخيار: إنْ شاءَ فَسَخَ السَّلَمَ، وإنْ شاءَ انتَظَرَ وُجُودَهُ)؛ لأنَّ السَّلم قد صَحَّ، والعَجزُ الطَّارئُ على شَرَفِ الزَّوال، فصارَ كإباقِ المَبيعِ قبلَ القَبضِ[2].

قال: (ويَجوزُ السَّلَمُ في السَّمَكِ المالِحِ وَزْناً مَعلُوماً وضَرْباً مَعلُوماً)؛ لأنَّه مَعلومُ القَدرِ مَضبوطُ الوَصفِ مَقدُورُ التَّسليم؛ إذْ هو غيرُ مُنقطِع، (ولا يَجوزُ السَّلَمُ فيه عَدَداً) لِلتَّفاوتِ.

قال: (ولا خَيْرَ في السَّلَمِ في السَّمَكِ الطَّرِيِّ، إلّا في حِينِهِ وَزْناً مَعلُوماً وضَرْباً مَعلُوماً)؛ لأنَّه يَنقطِعُ في زمانِ الشِّتاءِ، حتَّى لو كان في بلدٍ لا يَنقطِعُ يجوزُ مُطلَقاً، وإنَّما يجوزُ وَزْناً لا عدَداً لِما ذكرنا.

---

(١) أخرجه أبوداود في التجارات، باب: في السلم في ثمرة بعينها (٣٤٦٧)، وابن ماجه في التجارات، باب: إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع (٢٢٨٤) واللَّفظ له عن أبي إسحاق عن النَّجراني قال: قلت لعبد الله بن عمر: أُسلِم في نخل قبلَ أن يَطلُعَ؟ قال: لا، قلتُ: لِمَ؟ قال: إنَّ رجلاً أسلَمَ في حديقةِ نَخلٍ في عهدِ رسولِ الله ﷺ قبلَ أن يَطلُعَ النَّخلُ، فلم يطلعِ النَّخلُ شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: هو لي حتَّى يطلع، وقال البائع: إنَّما بِعتُك النَّخلَ هذه السَّنةَ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال للبائع: «أخَذَ من نخلِكَ شيئاً؟» قال: لا، قال: «فَبِمَ تَستحِلُّ مالَهُ؟ اُردُدْ عليه ما أخذتَ منه، ولا تُسلِمُوا في نَخلٍ حتَّى يبدوَ صَلاحُهُ».

(٢) أي: في بقاء المعقود عليه والعَجزِ عن التَّسليم، فإنَّ المعقودَ عليه في السَّلَم هو الدَّينُ الثَّابتُ في الذِّمَّة، وهو باقٍ ببقاء الذِّمَّة، كالعبد الآبق. عناية.

ولا خَيرَ في السَّلَمِ في اللَّحمِ عند أبي حنيفة، وقالا: إذا وَصَفَ من اللَّحمِ مَوضِعاً مَعلُوماً بِصِفَةٍ مَعلُومةٍ جازَ. ولا يَجوزُ السَّلَمُ إلَّا مُؤجَّلاً. ....

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه لا يجوزُ في لَحمِ الكِبارِ منها، وهي التي تُقطَع، اعتباراً بالسَّلَم في اللَّحم عنده[1].

قال: (ولا خَيرَ في السَّلَمِ في اللَّحم عند أبي حنيفة، وقالا: إذا وَصَفَ من اللَّحم مَوضِعاً مَعلُوماً بِصِفَةٍ مَعلُومةٍ جازَ)؛ لأنَّه موزونٌ مَضبوطُ الوَصفِ، ولهذا[2] يُضمَنُ بالمِثْل، ويجوزُ استقراضُهُ وَزناً، ويجري فيه رِبا الفَضل، بخلافِ لَحمِ الطُّيورِ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ وَصفُ مَوضِعٍ منه.

وله: أنَّه مجهولٌ لِلتَّفاوُتِ في قِلَّةِ العظمِ وكَثرتِهِ، أو في سِمَنِهِ وهُزالِهِ على اختلاف فُصولِ السَّنةِ، وهذه الجَهالةُ مُفضيةٌ إلى المنازعة.

وفي مَخلُوعِ العَظمِ لا يجوزُ على الوجه الثَّاني[3]، وهو الأصحُ، والتَّضمينُ بالمِثلِ ممنوعٌ[4] وكذا الاستقراضُ. وبعدَ التَّسليمِ[5] فالمِثلُ أعدَلُ من القيمة[6]، ولأنَّ القبضَ[7] يُعايَنُ فَيُعرَف مِثلُ المَقبوضِ به في وقتِهِ، أمَّا الوصفُ فلا يُكتَفَى به.

قال: (ولا يَجوزُ السَّلَمُ إلَّا مُؤجَّلاً)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[8]: يجوزُ حالاً لإطلاقِ

---

(١) فإنَّه يمنع السَّلَم في اللَّحم، كما سيأتي.

(٢) أي: ولأجل كونه موزوناً مضبوطَ الوصفِ.

(٣) وهو وجهُ السِّمَن والهُزال.

(٤) هذا جواب على قولهما: «ولهذا يضمن بالمثل» بالمَنْع.

(٥) أي: وبعد تسليمِ الجواز في التضمين بالمثل.

(٦) لأنَّ الأصل في ضمان العدوانِ المماثلةُ في الشَّيء صورةً ومعنىً، فيكونُ أعدَلَ من القيمةِ لأنَّها مِثلٌ معنىً لا صورةً. بناية.

(٧) يعني: في الاستقراض.

(٨) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (١/ ٣١٩) الكتب العلمية: (وصحَّ) السَّلم (حالاً ومؤجَّلاً) =

ولا يَجوزُ إلَّا بأجَلٍ مَعلُومٍ. ولا يَجوزُ السَّلَمُ بِمِكيالِ رَجُلٍ بِعَينِهِ، ولا بِذراعِ رَجُلٍ بِعَينِهِ، ولا في طعامِ قَريةٍ بِعَينِها. ....

الحديثِ «ورَخَّصَ في السَّلَم»[1].

ولنا: قولُهُ ﷺ: «إلى أجلٍ معلوم»[2] فيما روينا، ولأنَّه شُرِع رُخصةً دَفعاً لحاجةِ المَفالِيس، فلا بدَّ من الأجل لِيَقدِرَ على التَّحصيلِ فيه فيُسلِم، ولو كان قادراً على التَّسليم لم يُوجَد المُرخِّص فبقي على النَّافي.

قال: (ولا يَجوزُ إلَّا بأجَلٍ مَعلُومٍ) لما روينا، ولأنَّ الجَهالةَ فيه مُفضيةٌ إلى المُنازعةِ كما في البيع، والأجَلُ أدناه شهرٌ، وقيل: ثلاثةُ أيَّام، وقيل: أكثَرُ من نصفِ يوم، والأوَّلُ أصحُّ.

(ولا يَجوزُ السَّلَمُ بِمِكيالِ رَجُلٍ بِعَينِهِ، ولا بِذراعِ رَجُلٍ بِعَينِهِ)، معناه: إذا لم يُعرَف مِقدارُهُ؛ لأنَّه يتأخَّرُ فيه التَّسليمُ، فربَّما يضيع فَيُؤدِّي إلى المنازعةِ، وقد مرَّ من قبل[3].

ولا بدَّ أن يكونَ المكيالُ مِمَّا لا يَنقبِضُ ولا يَنبسِطُ كالقِصاع مَثلاً، فإنْ كان مِمَّا يَنكبِسُ بالكَبسِ كالزِّنْبيل والجِراب، لا يجوزُ للمنازعةِ، إلَّا في قُرَب الماءِ للتَّعامل فيه[4]، كذا روي عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ.

قال: (ولا في طعامِ قَريةٍ بِعَينِها)، أو ثَمرةِ نَخلةٍ بِعَينِها؛ لأنَّه قد يَعتريه آفةٌ فلا يَقدِرُ على التَّسليم، وإليه أشار ﷺ حيث قال: «أرأيتَ لو أذهَبَ اللهُ تعالى

= بأن يصرِّح بهما، أمَّا المؤجَّلُ فبالنَّصِّ والإجماع، وأمَّا الحالُّ فبالأولى لبعده عن الغرر. اهـ.

(١) تقدَّم ص (١٦٣).

(٢) انظر ص (١٠) ت (٥).

(٣) أي: في أوَّل كتاب البيوع، في مسألة «ويجوز البيعُ بإناء معيَّن»، انظر ص (١٣).

(٤) وهو أن يشتري من سَقَّاء كذا كذا قِربةً من ماء النِّيل أو غير ذلك مثلاً، بهذه القِربةِ وعيَّنَها، جاز البيع. فتح.

ولا يَصِحُّ السَّلَمُ عندَ أبي حنيفة إلَّا بِسَبعِ شرائط: جِنْسٍ مَعلُومٍ، ونَوعٍ مَعلُومٍ، وَصِفَةٍ مَعلُومةٍ، ومِقدارٍ مَعلُومٍ، ....

الثَّمَرَ، بِمَ يستحِلُّ أحدُكُم مالَ أخيه؟»[١]، ولو كانت النِّسبةُ إلى قريةٍ لبيانِ الصِّفة[٢] لا بأس به على ما قالوا، كالخُشْمُراني[٣] بِبُخارى، والبِساخي بِفَرغانة[٤].

قال: (ولا يَصِحُّ السَّلَمُ عندَ أبي حنيفة إلَّا بِسَبعِ شرائط):

- (جِنْسٍ مَعلُومٍ) كقولنا: حِنطةٌ أو شعيرٌ.
- (ونَوعٍ مَعلُومٍ) كقولنا: سَقِيَّةٌ أو بَخسيَّةٌ[٥].
- (وَصِفَةٍ مَعلُومةٍ) كقولنا: جَيِّد أو رَدِيء.
- (ومِقدارٍ مَعلُومٍ) كقولنا: كذا كَيلاً، بِمِكيال مَعروفٍ، وكذا وزناً.

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ٥٠): غريب في هذا المعنى، فإنَّ المصنِّف قال: «ولا يجوزُ السَّلمُ في طعامِ قريةٍ بعينها، أو ثمرةِ نخلةٍ بعينها؛ لأنَّه قد يعتريه آفةٌ، فلا قدرةَ على التَّسليم»، وإليه أشار ﷺ حيث قال: «أرأيت لو أذهب اللهُ الثَّمرةَ، بِمَ يستحلُّ أحدُكم مالَ أخيه المسلم؟»، وهذا اللَّفظُ إنَّما ورد في البيع، كما أخرجه البخاري في البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع (٢٠٨٦)، ومسلم في المساقاة، باب: وضع الحوائج (١٥٥٥) - واللفظ للبخاري - عن أنس أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثِّمار حتَّى تزهي. فقيل له: وما تزهي؟ قال حتَّى تَحمَرَّ، فقال رسول الله ﷺ: «أرأيتَ إذا مَنَعَ اللهُ الثَّمرةَ بِمَ يَأْخُذُ أحدُكُم مالَ أخيه».

وفي الفتح: فإنَّ معنى هذا أنَّه لا يستحقُّ بهذا البيعِ ثمناً إنْ لم يُخرِج هذا البستانُ شيئاً، فكان في بيعِ ثمرِ هذا البستانِ غَرَرُ الانفساخِ فلا يصحُّ، بخلاف ما إذا أسلم في حنطةٍ صَعِيديَّةٍ أو شاميَّةٍ، فإنَّ احتمال أن لا يَنبُتَ في الإقليم بِرُمَّتِه شيءٌ ضعيفٌ، فلا يبلغُ الغَرَرُ المانعُ من الصِّحَّة فيجوز، فهذا الحديثُ يفيد عدَمَ صحَّةِ البيعِ سواءٌ كان وُرُودُه في السَّلَم أو في البيع مُطلَقاً.

(٢) أي: لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه.

(٣) «الخُشْمُران» قرية من قرى بخارى. بناية.

(٤) «البِساخ» قرية من قرى فرغانة، وفَراغانة بلدة وراء الشَّاش، والشَّاش مدينة وراء جيحون. بناية.

(٥) البَخسيُّ خلافُ السَّقي، منسوبٌ إلى البَخس، وهي الأرض التي تَسقيها السماءُ؛ لأنَّها مَبخُوسةُ الحظِّ من الماء. عناية.

وأَجَلٍ مَعلُوم، ومَعرِفَةِ مِقدارِ رأسِ المالِ إذا كانَ يَتعلَّقُ العَقدُ على مِقدارِهِ كالمَكيل والمَوزُون والمعدود، وتَسميةِ المكانِ الذي يُوفِّيهِ فيه إذا كان له حَمْلٌ ومُؤْنَةٌ، ...

- (وأَجَلٍ مَعلُوم) والأصلُ فيه ما روينا[١]، والفِقهُ فيه ما بيَّنَّا[٢].

- (ومَعرِفَةِ مِقدارِ رأسِ المالِ إذا كانَ يَتعلَّقُ العَقدُ على مِقدارِهِ كالمَكيل والمَوزُون والمعدود).

- (وتَسميةِ المكانِ الذي يُوفِّيهِ فيه إذا كان له حَمْلٌ ومُؤْنَةٌ)، وقالا: لا يَحتاجُ إلى تَسميةِ رأسِ المال إذا كان مُعيَّناً، ولا إلى مكانِ التَّسليمِ، ويُسلِّمُه في موضعِ العَقدِ، فهاتان مسألتان.

ولهما في الأولى: أنَّ المقصودَ[٣] يَحصُلُ بالإشارة، فأشبَهَ الثَّمَنَ والأجرةَ، وصار كالثَّوب[٤].

ولأبي حنيفة: أنَّه ربَّما يُوجَد بعضُها زُيوفاً ولا يُستبدَلُ في المجلس، فلو لم يُعلَمْ قَدرُهُ لا يَدرِي في كم بقي، أو ربَّما لا يَقدِرُ على تَحصيلِ المُسلَمِ فيه، فَيَحتاجُ إلى رَدِّ رأسِ المالِ، والمَوهومُ في هذا العقدِ كالمُتحقِّقِ لِشَرعِهِ مع المُنافي، بخلافِ ما إذا كان رأسُ المالِ ثوباً؛ لأنَّ الذَّرعَ وَصفٌ فيه لا يَتعلَّق العقدُ على مِقدارِهِ.

ومن فروعه[٥]: إذا أسلَمَ في جنسين ولم يُبيِّنْ رأسَ مالِ كلِّ واحدٍ منهما[٦]، أو أسلَمَ جنسين ولم يُبيِّنْ مِقدارَ أحدِهِما[٧].

---

(١) انظر عند قوله: «جائز في المكيلات» ص (١٦٤)، وعند قوله «ورَخَّصَ في السَّلَم» ص (١٦٣).

(٢) من أنَّ الجَهالةَ فيه مُفضيةٌ إلى النِّزاع.

(٣) أي: المقصود من إعلامِ قَدرِ رأسِ المال، وهو التَّسليمُ بلا منازعة.

(٤) أي: صار كما إذا كان رأسُ المال ثوباً، فإنَّ الإشارةَ فيه تكفي اتِّفاقاً وإن لم يعرف ذرعانه.

(٥) أي: ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال.

(٦) مثاله: أن يقول: أسلمتُ إليك عشرة دراهم في كرٍّ حنطة وكرٍّ شعير، أو في ثوبين مختلفين، ولم يبيِّن رأسَ مال كلٍّ واحد منهما، فعنده لا يجوز، وعندهما يجوز. بناية.

(٧) مثاله: أن يقول: «أسلمتُ إليك هذه الدراهمَ العشرة والدَّنانير في كرٍّ من البُرِّ» فبيَّن قدرَ الدراهم =

ولهما في الثانية[١]: أنَّ مكانَ العقدِ يَتعيَّنُ[٢] لوجودِ العَقدِ المُوجِبِ للتَّسليمِ، ولأنَّه لا يُزاحِمُه مكانٌ آخَرُ فيه، فَيَصيرُ نظيرَ أوَّلِ أوقاتِ الإمكانِ في الأوامرِ، فصار كالقَرضِ والغَصْبِ[٣].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ التَّسليمَ غيرُ واجبٍ في الحالِ، فلا يَتعيَّنُ، بخلافِ القَرضِ والغَصبِ، وإذا لم يَتعيَّنْ فالجهالةُ فيه تُفضي إلى المُنازَعةِ؛ لأنَّ قِيَمَ الأشياءِ تَختلِفُ باختلافِ المكانِ، فلا بدَّ من البيانِ[٤]، وصار كَجَهالةِ الصِّفةِ[٥].

وعن هذا[٦] قال مَنْ قال مِنَ المَشايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: إنَّ الاختلافَ فيه[٧] عنده يُوجِبُ التَّحالُفَ كما في الصِّفة. وقيل: على عكسِهِ[٨]؛ لأنَّ تَعيُّنَ المكانِ قضيَّةُ العقدِ عندهما.

وعلى هذا الخلافِ[٩] الثَّمنُ والأجرةُ والقِسمةُ، وصورتُها: إذا اقتسما داراً وجَعَلا مع نصيبِ أحدِهِما شيئاً له حِملٌ ومُؤْنةٌ.

وقيل: لا يشترطُ ذلك في الثَّمن.

والصَّحيحُ أنَّه يُشترطُ إذا كان مؤجَّلاً، وهو اختيارُ شمسِ الأئمَّةِ السَّرخسيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

= ولم يُبيِّن قدرَ الدَّنانير، فعند لا يجوز.

(١) وهي اشتراطُ مكانِ التَّسليمِ فيما له مؤنةٌ.

(٢) أي: يتعيَّن للإيفاء؛ لوجود العقدِ فيه.

(٣) فإنَّه يتعيَّن مكانُ القرضِ والغصبِ للتَّسليمِ إجماعاً. بناية.

(٤) دفعاً للمنازعة؛ لأنَّ ربَّ السَّلم يطالب المُسلَمَ إليه بالتَّسليم في مكان يُسقِط عنه فيه مؤنةَ الحمل، وترتفعُ قيمتُهُ، والمُسلَمُ إليه على عكسه. فتح.

(٥) معناه: أنَّ اختلاف الصِّفةِ في المسلَمِ فيه يؤدِّي إلى اختلاف القيمة، فكذلك باختلاف المكان تختلف.

(٦) أي: وعن كونِ المكان يُوجِبُ اختلافَ القيمة.

(٧) أي: في مكان الإيفاء.

(٨) أي: لا يوجِبُ التَّحالفَ عنده، بل القولُ قولُ المسلَمِ إليه، وعندهما يتحالفان. بناية.

(٩) وهو أنَّه هل يشترطُ بيانُ مكانِ إيفاء الثَّمنِ والأجرةِ.

وما لم يَكُنْ لَهُ حِملٌ ومُؤنَةٌ، لا يَحتاجُ فيه إلى بيانِ مكانِ الإيفاءِ بالإجماع، ويُوفِّيهِ في المكانِ الذي أسلَمَ فيه. ولا يَصحُّ السَّلَمُ حتَّى يَقبِضَ رأسَ المالِ قبلَ أنْ يُفارِقَهُ فيه. ....

وعندهما: يتعيَّن مكانُ الدَّارِ ومكانُ تسليمِ الدَّابَّةِ للإيفاء[١].

قال: (وما لم يَكُنْ لَهُ حِملٌ ومُؤْنَةٌ، لا يَحتاجُ فيه إلى بيانِ مكانِ الإيفاءِ بالإجماع)؛ لأنَّه لا تَختلِفُ قيمتُهُ، (ويُوفِّيهِ في المكانِ الذي أسلَمَ فيه).

قال رضي الله عنه: وهذه روايةُ الجامعِ الصَّغيرِ والبيوع، وذَكَر في الإجارات: أنَّه يُوفِّيه في أيِّ مكان شاءَ، وهو الأَصحُّ؛ لأنَّ الأماكن كلَّها سواءٌ، ولا وُجوبَ في الحال.

ولو عيَّنا مكاناً، قيل: لا يتعيَّنُ لأنَّه لا يفيد، وقيل: يتعيَّنُ لأنَّه يُفيد سُقوطَ خَطَرِ الطَّريق. ولو عَيَّنَ[٢] المصرَ فيما له حِملٌ ومؤنةٌ يُكتفَى به؛ لأنَّه مع تبايُنِ أطرافِهِ كَبُقعةٍ واحدة فيما ذكرنا[٣].

قال: (ولا يَصحُّ السَّلَمُ حتَّى يَقبِضَ رأسَ المالِ قبلَ أنْ يُفارِقَهُ فيه[٤]):

- أمَّا إذا كان[٥] من النُّقودِ فلأنَّه افتراقٌ عن دَينٍ بِدَينٍ، وقد «نهى النَّبي ﷺ عن الكالِئ بالكالِئ»[٦].

---

(١) أي: لأجل إيفاءِ الأجرةِ.

(٢) أي: ربُّ السَّلم.

(٣) يعني: أنَّ القيمةَ لا تختلف باختلاف المصر الواحدِ عادةً. قيل: هذا إذا لم يكن المصرُ عظيماً، فلو كان بين جوانبه نحوُ فَرسخٍ لا يجوزُ إلَّا أن يُبيِّنَ؛ لأنَّه مُفضٍ إلى المنازعة، ذكره في المحيط. فتح.

(٤) أي: في المجلس، والمرادُ منه المُفارقةُ بالأبدان، حتَّى لو مَشَيا فرسخاً قبلَ القبضِ لا يضرُّ ما لم يتفرَّقا عن غير قَبضٍ، فإذا افترقا كذلك لم يصحَّ.

(٥) أي: رأس المال.

(٦) انظر الملحق آخر الكتاب (١).

وجملةُ الشُّروطِ جَمَعُوها في قولِهِم: «إعلامُ رأسِ المالِ، وتَعجِيلُهُ، وإعلامُ المُسلَمِ فيه، وتأجيلُهُ، وبيانُ مكانِ الإيفاء، والقُدرَةُ على تَحصيلِهِ». ....

– وإن كان عيناً، فلأنَّ السَّلَمَ أخذُ عاجلٍ بآجلٍ، إذِ الإسلامُ والإسلافُ يُنبِئان عن التَّعجيل، فلا بدَّ من قَبضِ أحدِ العِوَضينِ لِيَتحقَّقَ معنى الاسم، ولأنَّه لا بدَّ من تسليمِ رأسِ المالِ لِيتقَلَّبَ[1] المُسلَمُ إليه فيه، فَيَقدِرَ على التَّسليم.

ولهذا[2] قلنا: لا يصحُّ السَّلَم إذا كان فيه خيارُ الشَّرط لهما أو لأحدهما؛ لأنَّه يَمنعُ تمامَ القبضِ؛ لكونه مانعاً من الانعقاد في حقِّ الحكم[3]، وكذا لا يَثبُتُ فيه خيارُ الرُّؤيةِ لأنَّه غيرُ مُفيدٍ[4]، بخلافِ خيارِ العيبِ[5]؛ لأنَّه لا يَمنَعُ تَمامَ القبضِ[6].

ولو أسقَطَ خيارَ الشَّرطِ قبلَ الافتراقِ ورأسُ المالِ قائمٌ، جاز خِلافاً لزفر، وقد مَرَّ نظيرُهُ[7].

(وجملةُ الشُّروطِ جَمَعُوها في قولِهِم: «إعلامُ رأسِ المالِ، وتَعجِيلُهُ، وإعلامُ المُسلَمِ فيه، وتأجيلُهُ، وبيانُ مكانِ الإيفاء، والقُدرَةُ على تَحصيلِهِ»).

---

(١) أي: ليتصرَّف.

(٢) أي: ولاشتراط القبض.

(٣) وهو ثُبوتُ المِلكِ، والقَبضُ مبنيٌّ عليه، وما كان مانعاً من المَبنيِّ عليه فهو مانعٌ عن المَبنيِّ. عناية.

(٤) إذا فائدةُ خيارِ الرُّؤيةِ ردُّ المَبيعِ، والمسلَمُ فيه دينٌ في الذِّمَّةِ، فإذا ردَّ المقبوضَ عاد ديناً كما كان؛ لأنَّه لم يردَّ عينَ ما تناوله العقدُ؛ لأنَّ العقدَ لم يتناول هذا المقبوضَ، وإنَّما تناول مِثلَه ديناً في الذِّمَّةِ، فلا ينفسخ العقدُ بردِّه، بل يعود حقُّه في مثله، فإذا لم يُفِد فائدته لا يثبتُ. بناية.

(٥) أي: في المُسلَم فيه، فإنَّه يصحُّ.

(٦) لأنَّ تمامَهُ بتمامِ الصَّفقةِ، وتمامُهَا بتمام الرِّضا، وهو تامٌّ وقتَ العقد. فتح.

(٧) أي: في باب البيع الفاسد، وهو أنَّه إذا باع لأجل مجهول كالحصاد والدِّياس ونحوهما، ثمَّ تراضيا بإسقاط الأجل قبل الأجل، جاز عندنا خلافا له. انظر ص (٩٦) بناية.

فإنْ أسلَمَ مائتي درهم في كُرِّ حِنطَةٍ، مائةٌ منها دَينٌ على المُسلَمِ إليه ومائةٌ نَقْدٌ، فالسَّلَمُ في حصَّةِ الدَّينِ باطلٌ، ويَجوزُ في حِصَّةِ النَّقدِ، ولا يجوزُ التَّصرُّفُ في رأسِ مالِ السَّلَمِ والمُسلَمِ فيه قبلَ القَبضِ. ولا تَجوزُ الشَّرِكةُ والتَّوليةُ في المُسلَمِ فيه. فإنْ تَقايَلا السَّلَمَ لم يكنْ له أن يَشترِيَ مِنَ المُسلَمِ إليه بِرأسِ المالِ شيئاً حتَّى يَقبِضَهُ كُلَّهُ. ....

(فإنْ أسلَمَ مائتي درهم في كُرِّ حِنطَةٍ، مائةٌ منها دَينٌ على المُسلَم إليه ومائةٌ نَقْدٌ، فالسَّلَمُ في حصَّةِ الدَّينِ باطلٌ)؛ لِفَواتِ القَبضِ، (ويَجوزُ في حِصَّةِ النَّقدِ) لاستجماع شرائطِهِ، ولا يَشيعُ الفسادُ لأنَّ الفسادَ طارئٌ، إذِ السَّلَمُ وقع صحيحاً، ولهذا لو نقَدَ رأسَ المالِ قبلَ الافتراقِ صحَّ، إلَّا أنَّه يَبطُل بالافتراق لِما بيَّنّا[١]، وهذا[٢] لأنَّ الدَّين لا يَتعيَّن في البيع، ألا ترى أنَّهما لو تَبايعا عَيناً بِدَينٍ، ثمَّ تَصادَقا أنْ لا دَيْنَ، لا يبطلُ البيعُ، فينعقدُ صحيحاً.

قال: (ولا يجوزُ التَّصرُّفُ في رأسِ مالِ السَّلَمِ والمُسلَمِ فيه قبلَ القَبضِ):

- أمَّا الأوَّل فَلِما فيه من تفويتِ القبضِ المُستحَقِّ بالعقد.
- وأمَّا الثَّاني فلأنَّ المُسلَمَ فيه مَبيعٌ، والتَّصرُّفُ في المَبيعِ قبلَ القبضِ لا يَجوزُ.

قال: (ولا تَجوزُ الشَّرِكةُ والتَّوليةُ في المُسلَمِ فيه)؛ لأنَّه تَصرُّفٌ فيه.

(فإنْ تَقايَلا السَّلَمَ لم يكنْ له[٣] أن يَشترِيَ مِنَ المُسلَمِ إليه برأسِ المالِ شيئاً حتَّى يَقبِضَهُ كُلَّهُ)؛ لقوله ﷺ: «لا تأخُذْ إلَّا سَلَمَكَ أو رأسَ مالِكَ»[٤]، أي: عند الفسخِ،

---

(١) انظر الملحق آخر الكتاب (١).

(٢) إشارة إلى قوله: إذ السَّلَمُ وقع صحيحاً.

(٣) أي: لربِّ السَّلَم.

(٤) أخرج أبو داود في الإجارة، باب: السَّلف لا يحول (٣٤٦٨)، وابن ماجة في التجارات، باب: من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره (٢٢٨٣) عن أبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلَفَ في شيءٍ فلا يَصرِفْهُ إلى غيرِهِ»

وَمَنْ أسلَمَ في كُرِّ حِنطَةٍ، فلمَّا حَلَّ الأجلُ اشترى المُسلَمُ إليه مِنْ رجلٍ كُرَّاً وأمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبضِهِ قَضاءً، لم يكنْ قضاءً، وإنْ أمَرَهُ أنْ يَقبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقبِضَهُ لِنَفسِهِ، فاكتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكتالَهُ لِنَفسِهِ، جازَ. ....

ولأنَّه[1] أخَذَ شَبَهاً بالمَبيعِ، فلا يحلُّ التَّصرُّفُ فيه قبل قبضه، وهذا لأنَّ الإقالةَ بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالث، ولا يُمكِنُ جَعلُ المُسلَمِ فيه مَبيعاً لِسُقوطِهِ، فَجُعِلَ رأسُ المالِ مبيعاً لأنَّه دينٌ مِثلُه، إلَّا أنَّه لا يجب قبضُهُ في المجلس؛ لأنَّه ليس في حكمِ الابتداءِ من كلِّ وجهٍ.

وفيه[2] خلافُ زفر رَحِمَهُ اللهُ، والحجَّةُ عليه ما ذكرناه[3].

قال: (ومَنْ أسلَمَ في كُرِّ حِنطَةٍ، فلمَّا حَلَّ الأجلُ اشترى المُسلَمُ إليه مِنْ رجلٍ كُرَّاً وأمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبضِهِ قَضاءً، لم يكنْ قضاءً، وإنْ أمَرَهُ أنْ يَقبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقبِضَهُ لِنَفسِهِ، فاكتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكتالَهُ لِنَفسِهِ، جازَ)؛ لأنَّه اجتمعت الصَّفقتان بشرطِ الكيل[4]، فلا بدَّ من الكيل مرَّتينِ؛ لِنَهي النَّبيِّ ﷺ عن بيعِ الطَّعامِ حتَّى يَجرِيَ فيه صاعانِ[5]، وهذا هو مَحمَلُ الحديث على ما مَرَّ[6].

= وفي الباب عن ابن عمر قوله: «إذا أسلفتَ في شيء فلا تأخذْ إلَّا رأسَ مالِكَ، أو الذي أسفلتَ فيه»، أخرجه عبدالرزاق في البيوع، باب: الرجل يسلف في الشيء هل يأخذ غيره (١٤١٠٦).

(١) أي: رأس المال.

(٢) أي: في جَعلِ رأس المالِ بعد الإقالة مبيعاً.

(٣) من الحديث، وهو «لا تأخذ إلا سلمك ...»، والمعقولِ وهو قوله: «لأنه أخذ شَبَهاً بالمبيع ...».

(٤) الأولى صفقةُ عقدِ السَّلم، والثانيةُ الصفقةُ التي جرت بين المَسلَم إليه مع ربِّ السَّلم. بناية.

(٥) أخرج ابن ماجة في التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام قبل مالم يقبض (٢٢٢٨) عن جابر قال: نهى رسولُ اللهِ عن بَيعِ الطَّعامِ حتَّى يَجرِيَ فيه الصَّاعانِ، صاعُ البائعِ وصاعُ المُشتري.
وفي الباب من حديث: أبي هريرة، أنس، وابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُم وعنَّا بهم.

(٦) أي: في فصل فيما يُنقَل ويُحوَّل، قال المصنف: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين. انظر ص (١٣٠) من هذا الكتاب.

وَمَنْ أسلَمَ في كُرٍّ، فأمَرَ رَبُّ السَّلمِ أن يَكِيلَهُ المُسلَمُ إليه في غَرائرِ رَبِّ السَّلَمِ، فَفَعَلَ وهوغائِبٌ لم يكنْ قَضاءً. ....

والسَّلَمُ[1] وإن كان سابقاً، لكن قَبضُ[2] المُسلَمِ فيه لاحِقٌ، وأنَّه بِمَنزلةِ ابتداءِ البيعِ؛ لأنَّ العينَ غيرُ الدَّين حقيقةً[3]. وإن جُعِلَ عينَهُ[4] في حقٍّ حكمٍ خاصٍّ - وهو حرمةُ الاستبدال - فيتحقَّقُ البيعُ بعد الشِّراء.

وإنْ لم يكن سَلَماً وكان قَرْضاً، فأمَرَهُ بقَبضِ الكُرِّ جازَ؛ لأنَّ القرضَ إعارةٌ، ولهذا يَنعقِدُ بلفظ الإعارة، فكان المردودُ عينَ المأخوذِ مُطلَقاً حكماً، فلا تجتمع الصَّفقتان [في كُرٍّ][5].

قال: (وَمَنْ أسلَمَ في كُرٍّ فأمَرَ رَبُّ السَّلمِ أن يَكِيلَهُ المُسلَمُ إليه في غَرائرِ[6] رَبِّ السَّلَمِ، فَفَعَلَ وهو[7] غائِبٌ لم يكنْ قَضاءً)؛ لأنَّ الأمرَ بالكيلِ لم يصحَّ[8]؛ لأنَّه لم يُصادِف مِلكَ الآمِرِ، لأنَّ حقَّه في الدَّينِ دونَ العينِ، فصار المسلَمُ إليه مستعيراً للغرائر منه، وقد جَعَل مِلكَ نفسِهِ فيها، فصار كما لو كان عليه دراهمُ دينٌ فدَفَعَ إليه كِيساً لِيَزِنَها المديونُ فيه، لم يَصِرْ قابضاً.

---

(١) قوله: «والسَّلمُ ...» جوابُ سؤال مقدَّر، وهو أن يقال: بيعُ ربِّ السَّلم من المُسلَم إليه كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه، فلا يكون المُسلَم إليه بائعاً بعد الشِّراء ما اشتراه، فلم تجتمع الصَّفقتان، فلا يدخل تحت النَّهي. فتح.

(٢) أي: قبضُ ربِّ السَّلمِ للمسلَمِ فيه.

(٣) بيانه: وإنَّما كان قبضُ المسلمِ فيه بمنزلة ابتداءِ البيع، لأنَّ المسلمَ فيه دينٌ في ذمَّته، والمقبوضَ عينٌ، والعينُ غيرُ الدَّينِ حقيقةً. والله أعلم.

(٤) أي: وإن جُعل المقبوضُ عينَ الدَّين.

(٥) زيادة من (أ).

(٦) «الغرائر» جمع «غِرارة» وهي الكيسُ الكبير من الصُّوف أوالشَّعر. اهـ معجم لغة الفقهاء.

(٧) أي: ربُّ السَّلم.

(٨) والتَّقييدُ بغيبته، لأنَّه لو كال فيها وربُّ السَّلَم حاضرٌ يصيرُ قابضاً بالاتِّفاق، سواءٌ كانت الغَرائرُ له أو للبائع. فتح.

ولو كانت الحنطةُ مُشتراةً[1] والمسألةُ بحالها، صار قابضاً؛ لأنَّ الأمرَ قد صحَّ حيثُ صادَفَ مِلكَه؛ لأنَّه مَلَكَ العينَ بالبيع، ألا ترى أنَّه لو أمره بالطَّحنِ كان الطَّحينُ في السَّلَمِ للمُسلَمِ إليه وفي الشِّراءِ للمشتري لصحَّةِ الأمر، وكذا إذا أمَرَه أن يَصُبَّه في البحر، في السَّلَمِ يَهلِكُ من مال المُسلَمِ إليه، وفي الشِّراء مِنْ مال المشتري، ويتقرَّرُ الثَّمنُ عليه لِما قلنا[2]، ولهذا[3] يُكتفى بذلك الكيلِ في الشِّراءِ في الصَّحيحِ؛ لأنَّه نائبٌ عنه في الكيلِ، والقَبضُ[4] بالوقوع في غرائرِ المُشتري.

ولو أمَرَه في الشِّراء[5] أن يكيلَهُ في غَرائرِ البائعِ، ففعلَ لم يَصِرْ قابضاً؛ لأنَّه استعارَ غَرائرَهُ ولم يَقبِضْها، فلا تَصيرُ الغرائرُ في يده، فكذا ما يقع فيها، وصار كما لو أمره أن يَكيلَهُ ويَعزِلَه في ناحيةٍ من بيتِ البائعِ؛ لأنَّ البيتَ بنواحيه في يدِهِ، فلم يَصِرِ المشتري قابضاً.

ولو اجتمع الدَّينُ والعينُ والغَرائرُ للمشتري[6]:

- إن بدأ بالعين صار قابضاً، أمَّا العينُ فلصِحَّةِ الأمر فيه، وأمَّا الدَّينُ فلاتِّصاله بمِلكِهِ وبمثلِهِ يصيرُ قابضاً[7]، كمن استَقرَضَ حِنطةً وأمَرَهُ أن يَزرَعَها في أرضه[8]، وكمن دفَعَ إلى صائغٍ خاتَماً وأمَرَه أن يَزيده من عنده نصفَ دينارٍ[9].

---

(1) أي: غير مسلَم فيها.

(2) أراد قوله قبل أسطر: «لأنَّ الأمرَ قد صحَّ حيثُ صادَفَ مِلكَه».

(3) أي: ولكون الأمر قد صحَّ.

(4) مرفوع بفعل مقدَّر، أي: وحصل القبضُ.

(5) أي: أمر المشتري البائعَ في مسألة الشِّراء.

(6) قوله: «والغرائر للمشتري» الواو حاليَّة، أي: والحالُ أنَّ الغرائرَ للمشتري - رب السلم -، وأمَرَه أن يجعلَ الدَّينَ والعينَ فيها.

(7) صورته: اشترى ربُّ السَّلم من المسلم إليه كُرَّاً معيَّناً بعد حلول السَّلَم، وله على المسلم إليه كرٌّ آخرُ دينٌ - وهو المسلَمُ فيه -، وأمر ربُّ السَّلم المسلَمَ إليه أن يجعلَ الدَّينَ والعينَ في غرائر ربِّ السَّلم.

(8) أي: وأمر المستقرضُ المقرضَ أن يزرعها في أرض المستقرض.

(9) ففعل بغيبته، لَزِمته الزِّيادةُ وتقرَّر بدلُها.

وَمَنْ أسلَمَ جاريةً في كُرِّ حنطةٍ وقَبَضَها المُسلَمُ إليه، ثمَّ تَقايَلا، فماتَتْ في يدِ المُشتري فَعَليهِ قِيمَتُها يومَ قَبضِها، ولو تَقايَلا بعدَ هَلاكِ الجاريةِ جازَ. ولوِ اشترى جاريةً بألفِ درهم، ثمَّ تَقايَلا، فَماتَتْ في يدِ المُشتري بَطَلتِ الإقالةُ، ولو تَقايَلا بعدَ مَوتِها، فالإقالةُ باطِلَةٌ. ....

- وإن بدأ بالدَّينِ لم يَصرِ قابضاً، أمَّا الدَّينُ فلِعَدَم صحَّةِ الأمر[1]، وأمَّا العينُ فلأنَّه خلَطَه بملكِهِ قبلَ التَّسليم، فصار مُستهلَكاً عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ فينتقِضُ البيعُ. وهذا الخَلطُ غيرُ مَرضيٍّ به من جهته؛ لجواز أن يكون مرادُهُ البداءَةَ بالعين.

وعندهما: هو[2] بالخيار، إن شاء نقَضَ البيعَ وإن شاءَ شاركَهُ في المَخلوطِ؛ لأنَّ الخَلطَ ليس باستهلاكٍ عندهما.

قال: (ومَنْ أسلَمَ جاريةً في كُرِّ حنطةٍ وقَبَضَها المُسلَمُ إليه، ثمَّ تَقايَلا، فماتَتْ في يدِ المُشتري[3] فَعَليهِ قِيمَتُها يومَ قَبضِها، ولو تَقايَلا بعدَ هَلاكِ الجاريةِ جازَ)؛ لأنَّ صحَّةَ الإقالةِ تَعتمِدُ بقاءَ العقدِ، وذلك بقيام المعقودِ عليه، وفي السَّلَم المعقودُ عليه إنَّما هو المُسلَم فيه، فصحَّتِ الإقالةُ حالَ بقائه، وإذا جاز ابتداءً فأولى أن يبقى انتهاءً؛ لأنَّ البقاء أسهلُ.

وإذا انفسَخَ العقدُ في المُسلَم فيه انفَسَخَ في الجارية تَبَعاً، فيجبُ عليه رَدُّها، وقد عجَزَ فيجبُ عليه رَدُّ قِيمَتُها.

(ولوِ اشترى جاريةً بألفِ درهم، ثمَّ تَقايَلا، فَماتَتْ في يدِ المُشتري بَطَلتِ الإقالةُ، ولو تَقايَلا بعدَ مَوتِها، فالإقالةُ باطِلَةٌ)؛ لأنَّ المعقودَ عليه في البيعِ إنَّما هو الجاريةُ، فلا يبقى العقدُ بعد هلاكِها، فلا تصحُّ الإقالةُ ابتداءً ولا تبقى انتهاءً؛ لانعدام محلِّهِ، وهذا بخلاف بَيعِ المُقايَضةِ حيثُ تصحُّ الإقالةُ وتبقى بعد

---

(١) لعدمِ مصادفة الأمر للملك.

(٢) أي: المشتري.

(٣) أي: المسلم إليه.

وَمَنْ أسلَمَ إلى رجلٍ دراهمَ في كُرِّ حِنطَةٍ، فقال المُسلَمُ إليه: «شَرَطتُ رَديئاً»، وقال ربُّ السَّلَمِ: «لم تَشتَرِطْ شيئاً» فالقَولُ قَولُ المُسلَمِ إليه. ولو قال المُسلَمُ إليه: «لم يَكُنْ له أَجَلٌ»، وقال رَبُّ السَّلَم: «بل كانَ له أَجَلٌ» فالقَولُ قَولُ رَبِّ السَّلَمِ.

هلاكِ أحدِ العِوَضَين؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مَبيعٌ فيه.

قال: (ومَنْ أسلَمَ إلى رجلٍ دراهمَ في كُرِّ حِنطَةٍ، فقال المُسلَمُ إليه: «شَرَطتُ رَديئاً»، وقال ربُّ السَّلَمِ: «لم تشتَرِطْ شيئاً» فالقَولُ قَولُ المُسلَمِ إليه)؛ لأنَّ ربَّ السَّلَمِ مُتعَنِّتٌ[1] في إنكارِهِ الصِّحَّةَ؛ لأنَّ المُسلَمَ فيه يَربُو على رأسِ المالِ في العادةِ.

وفي عكسِهِ[2] قالوا: يجبُ أن يكونَ القولُ لِرَبِّ السَّلَم عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّة، وإن كان صاحِبُهُ مُنكِراً.

وعندهما: القولُ للمُسلَم إليه؛ لأنَّه مُنكِرٌ وإنْ أنكَرَ الصِّحَّةَ، وسنقرِّرُه من بعدُ إن شاء الله تعالى.

(ولو قال المُسلَمُ إليه: «لم يَكُنْ له أجَلٌ»، وقال رَبُّ السَّلَم: «بل كانَ له أجَلٌ» فالقَولُ قَولُ رَبِّ السَّلَم)؛ لأنَّ المُسلَم إليه مُتعنِّتٌ في إنكارِهِ حقَّاً له، وهو الأجلُ. والفسادُ لِعَدَمِ الأجلِ غيرُ مُتيقَّنٍ لِمَكانِ الاجتهاد، فلا يُعتَبَرُ النَّفعُ في ردِّ رأسِ المال، بخلاف عَدَم الوصفِ.

وفي عكسِهِ[3] القولُ لربِّ السَّلَمِ عندهما؛ لأنَّه يُنكِرُ حقَّاً عليه، فيكون القولُ قولَهُ وإنْ أنكَرَ الصِّحَّةَ، كرَبِّ المالِ إذا قال لِلمُضارِبِ: «شرطتُ لك نِصفَ الرِّبحِ إلَّا عشرة»، وقال المُضارِبُ: «لا بل شرطتَ لي نِصفَ الرِّبحِ» فالقولُ لربِّ

(١) المتعنِّتُ لغة: من يطلب العَنَتَ، وهوالوقوعُ فيما لا يستطيعُ الإنسانُ الخروجَ عنه. والمراد بالتَّعنُّت شرعاً: من ينكر ما ينفعه ويريدُ الإضرار بغيره. والمخاصمُ: من يُنكر ما يضرُّه. بناية.

(٢) بأن يقول ربُّ السَّلم: «شرطتَ لي رديئاً»، ويقول المسلمُ إليه: «لم أشترط لك شيئاً».

(٣) وهو أن يدَّعي المُسلَمُ إليه الأجلَ وربُّ السَّلَم يُنكِرُه.

وَيَجوزُ السَّلَمُ في الثِّيابِ إذا بَيَّنَ طُولاً وعَرْضاً ورُقْعَةً. ولا يَجوزُ السَّلَمُ في الجَواهِرِ، ولا في الخَرَزِ. ولا بأسَ بالسَّلَمِ في اللَّبِنِ والآجُرِّ إذا سَمَّى مِلبَناً مَعلُوماً، ......

المالِ؛ لأنَّه يُنكِرُ استحقاقَ الرِّبحِ وإنْ أنكَرَ الصِّحَّةَ[1].

وعند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: القولُ للمُسلَم إليه؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّةَ وقد اتَّفقا على عقدٍ واحدٍ، فكانا متَّفِقَين على الصِّحَّة ظاهراً، بخلاف مسألة المُضارَبَةِ؛ لأنَّه[2] ليس بلازمٍ، فلا يُعتَبَر الاختلافُ فيه، فيبقى مُجرَّدَ دعوى استحقاقِ الرِّبح، أمَّا السَّلمُ فَلازِمٌ، فصار الأصلُ: أنَّ مَن خرَجَ كلامُهُ تعنُّتاً فالقَولُ لصاحبِهِ بالاتِّفاق، وإنْ خَرَجَ خُصومَةً ووَقَعَ الاتِّفاقُ على عقدٍ واحدٍ، فالقَولُ لِمُدَّعي الصِّحَّة عنده، وعندهما: للمُنكِرِ وإنْ أنكَرَ الصِّحَّةَ.

قال: (وَيَجوزُ السَّلَمُ في الثِّيابِ إذا بَيَّنَ طُولاً وعَرْضاً ورُقْعَةً[3])؛ لأنَّه أسلَمَ في معلوم مَقدُورِ التَّسليم على ما ذكرنا[4]، وإن كان ثوبَ حريرٍ لا بدَّ من بيان وَزنِهِ أيضاً؛ لأنَّه مقصودٌ فيه.

قال: (ولا يَجوزُ السَّلَمُ في الجَواهِرِ، ولا في الخَرَزِ)؛ لأنَّ آحادَها مُتفاوِتَةٌ تفاوتاً فاحشاً[5].

وفي صِغارِ اللُّؤلؤِ التي تُباعُ وزناً، يجوزُ السَّلَم لأنَّه مِمَّا يُعلَم بالوزن.

(ولا بأسَ بالسَّلَمِ في اللَّبِنِ والآجُرِّ إذا سَمَّى مِلبَناً مَعلُوماً)؛ لأنَّه عدديٌّ متقارِبٌ، لا سيَّما إذا سَمَّى المِلبَنَ.

---

(١) أي: صحَّة العقد.

(٢) أي: عقدُ المضاربة.

(٣) يقال: «رُقعةُ هذا الثَّوب جيِّدةٌ» يُرادُ غِلَظُه وثَخانتَه. عناية.

(٤) أي: عند قوله في أوَّل الباب: «وفي المذروعات» انظر ص (١٦٤).

(٥) أي: في الماليَّة، فإنَّ الجوهرتين قد يتَّحدانِ وزناً ويختلفان قيمةً باعتبار حُسنِ الهيئة. وعليه: كلُّ معدودٍ تتفاوت آحاده في الماليَّةِ لا يجوزُ السَّلمُ فيه، كالبطيخ والرُّمَّان، والذي لا تتفاوت آحاده في الماليَّة جاز السَّلم فيه كالجَوزِ والبيضِ إذا كان من جنسٍ واحد.

وكلُّ ما أمكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ، ومَعرِفَةُ مِقدارِهِ جازَ السَّلَمُ فيه، وما لا يُضبَطُ صِفَتُهُ، ولا يُعرَفُ مِقدارُهُ لا يَجوزُ السَّلَمُ فيه. ولا بأسَ بالسَّلْمِ في طَسْتٍ أو قُمْقُمَةٍ أو خُفَّينِ أو نحو ذلك، إذا كان يُعرَفُ، وإنْ كانَ لا يُعرَفُ فلا خَيْرَ فيه. وإنِ استَصْنَعَ شيئاً مِنْ ذلك بِغَيرِ أجلٍ، جازَ استحساناً، ....

قال: (وكلُّ ما أمكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ، ومَعرِفَةُ مِقدارِهِ جازَ السَّلَمُ فيه)؛ لأنَّه لا يُفضي إلى المنازعة، (وما لا يُضبَطُ صِفَتُهُ، ولا يُعرَفُ مِقدارُهُ لا يَجوزُ السَّلَمُ فيه)؛ لأنَّه دَيْنٌ، وبدون الوَصفِ يبقى مجهولاً جهالةً تُفضِي إلى المنازعة.

(ولا بأسَ بالسَّلْمِ في طَسْتٍ أو قُمْقُمَةٍ أو خُفَّينِ أو نحو ذلك، إذا كان يُعرَفُ) لاستجماعِ شرائطِ السَّلَم، (وإنْ كانَ لا يُعرَفُ فلا خَيْرَ فيه[1])؛ لأنَّه دَينٌ مجهولٌ.

مطلب في بيان حكم الاستصناع

قال: (وإنِ استَصْنَعَ[2] شيئاً مِنْ ذلك بِغَيرِ أجلٍ، جازَ استحساناً) للإجماعِ الثَّابتِ بالتَّعامل[3]، وفي القياس لا يجوزُ لأنَّه بيعُ المَعدومِ، والصَّحيحُ أنَّه يجوزُ بَيْعاً لا عِدَةً. والمَعدُومُ[4] قد يُعتبَرُ مَوجوداً حُكماً[5].

---

(١) أي: لا يجوز. بناية.

(٢) الاستصناع: هو أن يَجيء إنسانٌ إلى صانعٍ فيقول: «اصنعْ لي شيئاً صورتُهُ كذا، وقَدْرُه كذا، بكذا درهماً» ويُسلِّم إليه جميعَ الدَّراهمِ، أو بَعْضَها، أو لا يُسلِّمُ، وهو لا يخلو: إمَّا أن يكون فيما فيه تَعامُلٌ، وإليه أشار بقوله: «شيئاً من ذلك» أي: ممَّا تقدَّم من طَسْت وقُمقُم وخُفَّين، أو لا تعامُلَ فيه. والثَّاني لا يجوزُ قياساً واستحساناً، والأوَّلُ يجوزُ استحساناً، والقياسُ يقتضي عدمَ جوازِهِ؛ لأنَّه بيعُ المعدوم. عناية بتصرف يسير.

(٣) فإنَّ النَّاسَ في سائر الأعصارِ تعارفوا الاستصناعَ فيما فيه تعامُلٌ من غيرِ نكيرٍ، والقياسُ يُترَكُ بمثله. عناية.

(٤) هذا جواب عمَّا يقال: كيف يجوزُ أن يكونَ بيعاً، والمعدومُ لا يصلحُ أن يكونَ مبيعاً.

(٥) وذلك كالنَّاسي للتَّسمية عند الذَّبح، فإنَّ التَّسميةَ جُعلَت موجودةً لِعُذر النِّسيان، والطَّهارةَ للمستحاضة جُعلَت موجودةً لِعُذر جوازِ الصَّلواتِ لئلا تتضاعف الواجبات، فكذلك المُستصنَعُ المَعدُومُ جُعِل موجوداً حُكماً للتَّعامل. عناية.

وهو بالخيارِ إذا رآه، إنْ شاءَ أخَذَهُ، وإنْ شاءَ تَرَكَهُ.

والمعقودُ عليه العَينُ دونَ العملِ، حتَّى لو جاء به مَفرُوغاً عنه لا مِنْ صَنعتِهِ أو مِنْ صَنعتِهِ قبلَ العَقدِ، فأخَذَهُ جازَ، ولا يَتعيَّنُ إلَّا بالاختيار، حتَّى لو باعه الصَّانعُ قبلَ أن يراه المُستصنِعُ جاز، وهذا كلُّه هو الصَّحيح.

قال: (وهو بالخيارِ إذا رآه، إنْ شاءَ أخَذَهُ، وإنْ شاءَ تَرَكَهُ)؛ لأنَّه اشترى شيئاً لم يَرَه، ولا خيارَ للصَّانع، كذا ذكره في المبسوطِ، وهو الأصحُّ، لأنَّه باع ما لم يره.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ له الخيارَ أيضاً؛ لأنَّه لا يُمكِنُه تسليمُ المَعقودِ عليه إلَّا بِضَررٍ، وهو قَطعُ الصَّرْمِ[1] وغَيرِهِ.

وعن أبي يوسف: أنَّه لا خيارَ لهما. أمَّا الصَّانعُ فَلِما ذكرنا[2]. وأمَّا المُستصنِعُ فلأنَّ في إثباتِ الخيارِ له إضراراً بالصَّانع؛ لأنَّه ربَّما لا يشتريه غيرُهُ بمثلِهِ.

ولا يَجوزُ فيما لا تَعامُلَ فيه للنَّاس كالثِّياب؛ لِعَدَم المُجوِّز[3].

وفيما فيه تعامُلٌ إنَّما يَجوزُ إذا أمكن إعلامُهُ بالوصفِ لِيُمكِن التَّسليم.

وإنَّما قال: «بغير أجل»؛ لأنَّه لو ضَرَبَ الأجَلَ فيما فيه تعامُلٌ، يصيرُ سَلَماً عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، ولو ضَرَبَه فيما لا تعامُلَ فيه يَصير سَلَما بالاتِّفاق.

لهما: أنَّ اللَّفظ حقيقةٌ للاستصناع، فَيُحافِظ على قضيَّته، ويُحمَل الأجلُ على التَّعجيل، بخلاف ما لا تعامُلَ فيه؛ لأنَّه استصناع فاسِدٌ، فَيُحمل على السَّلَم الصَّحيح.

ولأبي حنيفة: أنَّه دَينٌ يَحتمِل السَّلَم، وجوازُ السَّلَم بإجماعٍ لا شبهةَ فيه، وفي تَعامُلِهم الاستصناعُ نوعُ شبهةٍ، فكان الحَمْلُ على السَّلَم أولى، والله أعلم.

---

(١) هو الجلد.

(٢) أنَّه لاخيارَ له لما أنَّ الاستصناع بيعٌ، ولا خيارَ للبائع فيما لم يره. بناية.

(٣) وهو التَّعامل.

مسائل منثورة

وَيَجُوزُ بَيْعُ الكَلبِ والفَهدِ والسِّباعِ، المُعَلَّمُ وغَيرُ المُعلَّمِ في ذلك سواءٌ. ....

(مسائل منثورة)

قال: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الكَلبِ والفَهدِ والسِّباعِ، المُعَلَّمُ وغَيرُ المُعلَّمِ في ذلك سواءٌ)، وعن أبي يوسف: أنَّه لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العَقورِ؛ لأنَّه غيرُ مُنتفَعٍ به.

وقال الشَّافعيُّ: لا يجوزُ بيعُ الكلبِ[1]؛ لقوله ﷺ: «إنَّ مِنَ السُّحتِ مَهْرَ البَغيِّ وثَمَنَ الكَلبِ»[2]، ولأنَّه نَجِسُ العَينِ، والنَّجاسةُ تُشعِرُ بِهَوانِ المَحلِّ، وجَوازُ البيعِ يُشعِرِ بإعزازه، فكان مُنتفياً.

ولنا: أنَّه ﷺ نهى عن بيعِ الكَلبِ إلَّا كَلْبَ صَيدٍ أو ماشيةٍ[3]، ولأنَّهُ مُنتفَعٌ به حراسةً واصطياداً، فكان مالاً فيجوزُ بيعُهُ، بخلاف الهوامِّ المُؤذيةِ؛ لأنَّه لا يُنتفَع بها، والحديثُ محمولٌ على الابتداءِ قَلعاً لهم عن الاقتناءِ، ولا نُسلِّمُ نجاسةَ العَينِ، ولو سُلِّم فَيحرمُ التَّناوُلُ دونَ البيع.

---

(١) قال في المجموع (٩/ ٢٢٨) دار الفكر:
مذهبنا أنَّه لا يجوزُ بيعُ الكلبِ، سواءٌ كان معلَّماً أو غيره، وسواءٌ كان جرواً أو كبيراً، ولا قيمةَ على مَن أتلَفه. اهـ.

(٢) أخرج ابن حبان في البيوع، باب: البيوع المنهي عنها (٤٩٤١) عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال: «إنَّ مَهرَ البَغيِّ وثَمنَ الكلبِ والسِّنَّورِ وكَسبَ الحَجَّامِ من السُّحتِ».
وفي الباب من حديث: السَّائب بن يزيد، وعمر بن الخطاب رضي الله عنهم وعنَّا بهم.

(٣) أخرج الترمذي في البيوع، باب رقم (٥٠) برقم (١٢٨١) عن أبي هريرة قال: نُهي عن ثَمَنِ الكلبِ إلَّا كلبَ الصَّيدِ.
قال أبو عيسى: هذا حديثٌ لا يصحُّ من هذا الوجهِ، وأبو المهزم اسمُهُ يزيد بن سفيان، وتكلَّم فيه شعبةُ بنُ الحَجَّاج وضعَّفه، وقد روي عن جابر عن النَّبيِّ ﷺ نحو هذا، ولا يصحُّ إسناده أيضاً.
وروى أبو حنيفة رضي الله عنه في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس، قال: أرخَصَ رسولُ الله ﷺ في ثَمَنِ كلبِ الصَّيدِ. وهذا سندٌ جيد. اهـ زيلعي (٤/ ٥٣).

ولا يَجوزُ بَيعُ الخَمرِ والخنزيرِ. وأهلُ الذِّمَّةِ في البَياعاتِ كالمسلمين، إلَّا في الخَمرِ والخِنزيرِ خاصَّةً. ....

وقال: (ولا يَجوزُ بَيعُ الخَمرِ والخنزيرِ)؛ لقوله ﷺ: «إنَّ الذي حَرَّم شُربَها حَرَّمَ بَيْعَها وأَكْلَ ثَمنِها»[١]، ولأنَّه ليس بمالٍ في حقِّنا، وقد ذكرناه[٢].

قال: (وأهلُ الذِّمَّةِ في البَياعاتِ كالمسلمين)، لقوله ﷺ في ذلك الحديث: «فأعلِمْهُم أنَّ لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»[٣]، ولأنَّهم مُكلَّفون محتاجون كالمسلمين.

قال: (إلَّا في الخَمرِ والخِنزيرِ خاصَّةً)، فإنَّ عَقْدَهم على الخمر كَعَقدِ المسلم على العصير، وعَقْدَهم على الخنزير كَعَقدِ المسلم على الشَّاة؛ لأنَّها أموالٌ في اعتقادهم، ونحن أُمِرنا بأن نَترُكَهم وما يَعتقِدُون، دلَّ عليه قولُ عمر: «وَلُّوهمْ بَيْعَها وخُذُوا العُشْرَ من أثمانها»[٤].

---

(١) أخرج مسلم في المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر (١٥٧٩) عن ابن عباس: إنَّ رجلاً أهدى لرسولِ الله ﷺ راويةَ خَمرٍ، فقال له رسول الله ﷺ: «هل علمتَ أنَّ الله قد حرَّمَها؟» قال: لا، قال: فسارَّ إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ: «بِمَ سارَرْتَه؟» فقال: أمرتُهُ بِبَيعِها، فقال: «إنَّ الذي حرَّمَ شُربَها حرَّمَ بَيْعَها»، ففتَحَ المَزادَ حتَّى ذهَبَ ما فيها.

(٢) أي: في باب البيع الفاسد، انظر ص (٧٢).

(٣) قال الزيلعي (٤/ ٥٥): لم أعرفْ الحديثَ الذي أشار إليه المصنِّف، ولم يتقدَّم في هذا المعنى إلَّا حديثُ معاذ، وهو في كتاب الزَّكاة، وحديثُ بُريدة، وهو في كتاب السِّيَر، وليس فيهما ذلك.

(٤) قال الزيلعي (٥/ ٥٥): رواه عبد الرَّزاق في مصنَّفِه في البيوع، عن سُوَيد بن غفلة قال: بلَغَ عمرَ ابنَ الخطَّاب أنَّ عُمَّاله يأخذون الجِزيةَ من الخمر، فناشَدَهُم ثلاثاً، فقال له بلال: إنَّهم لَيَفعلون ذلك، قال: فلا تفعلوا، وَلُّوهُم بَيْعَها، فإنَّ اليهودَ حَرُمت عليهم الشُّحومُ فباعوها، وأكلوا أثمانَها.

ومَنْ قال لِغَيرِهِ: «بِعْ عبدَكَ من فُلانٍ بألفِ دِرهَم، على أنِّي ضامِنٌ لكَ خَمسمائةٍ مِنَ الثَّمَن سِوَى الألف» فَفَعَلَ، فهو جائزٌ، ويأخُذُ الألفَ مِنَ المشتري، والخَمسمائة مِنَ الضَّامِنِ، وإنْ كانَ لم يَقُلْ مِنَ الثَّمَنِ جازَ البيعُ بألفٍ، ولا شَيءَ على الضَّمينِ. ومَنِ اشترى جاريةً ولم يَقبِضْها حتَّى زَوَّجَها، فَوَطِئَها الزَّوجُ، فالنِّكاحُ جائزٌ، ....

قال: (ومَنْ قال لِغَيرِهِ: «بِعْ عبدَكَ من فُلانٍ بألفِ دِرهَم، على أنِّي ضامِنٌ لكَ خَمسمائةٍ مِنَ الثَّمَن سِوَى الألف» فَفَعَلَ، فهو جائزٌ، ويأخُذُ الألفَ مِنَ المشتري، والخَمسمائةَ مِنَ الضَّامِنِ، وإنْ كانَ لم يَقُلْ مِنَ الثَّمَنِ جازَ البيعُ بألفٍ ولا شَيءَ على الضَّمينِ).

وأصلُهُ: أنَّ الزِّيادةَ في الثَّمنِ والمُثْمَنِ جائزٌ عندنا، وتُلحَقُ بأصل العقدِ، خلافاً لزفر والشَّافعيِّ؛ لأنَّه تَغييرٌ للعقدِ من وِصْفٍ مَشروعٍ إلى وَصفٍ مَشروعٍ، وهو كَونُهُ[1] عَدْلاً[2] أو خاسِراً أو رابحاً، ثمَّ قد لا يستفيدُ المُشتري بها[3] شيئاً بأَنْ زادَ في الثَّمنِ وهو يساوي المبيعَ بدونها، فيصحُّ اشتراطُها على الأجنبيِّ كبَدَلِ الخُلعِ، لكن من شَرطِها المُقابَلَةُ تسميةً وصورةً[4]، فإذا قال: «مِنَ الثَّمن» وُجِد شَرطُها[5] فيصحُّ، وإذا لم يَقُلْ لم يوجد، فلم يصحَّ.

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً ولم يَقبِضْها حتَّى زَوَّجَها، فَوَطِئَها الزَّوجُ، فالنِّكاحُ جائزٌ)؛ لوجودِ سببِ الولايةِ، وهو المِلكُ في الرَّقبة على الكمالِ[6]، وعليه المهرُ.

---

(١) أي: الثَّمن.

(٢) أي: مساوياً لقيمة البيع.

(٣) أي: بالزِّيادة.

(٤) قوله: «تسمية» أي: يتكلَّم بلفظ من الثَّمن. وقوله: «صورة» أي: يكون المسمَّى بمقابلة المبيع صورةً، وإن لم يقابله من حيث المعنى، لكون جميع المبيع حاصلاً بالمزيد عليه. بناية بتصرف.

(٥) وهو المقابلة.

(٦) بخلاف ما لو مَلَكها لا على الكمال، كما في مِلْك نِصفِها، لا يَملِكُ التَّزويجَ به.

وهذا قَبضٌ، وإنْ لم يَطأها فليسَ بِقَبضٍ. ومَنِ اشترى عبداً فَغابَ ولم يَنقُدِ الثَّمنَ، والعبدُ في يدِ البائعِ، فأقامَ البائعُ البَيِّنَةَ أنَّه باعَه إيَّاهُ ولم يَقبِضِ الثَّمنَ، فإنْ كانت غَيبَتُهُ مَعروفَةً لم يُبَعْ في دَينِ البائعِ، وإنْ لم يُدْرَ أينَ هو بِيعَ العبدُ وأُوفي الثَّمَنَ.

(وهذا[1] قَبضٌ)؛ لأنَّ وطءَ الزَّوجِ حصَلَ بتسليطٍ من جهته، فصار فِعلُهُ كفعلِهِ، (وإنْ لم يَطأها فليسَ بِقَبضٍ)، والقياسُ أن يصيرَ قابضاً؛ لأنَّه تَعييبٌ حكميٌّ، فَيُعتبرُ بالتَّعييبِ الحقيقيِّ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ في الحقيقيِّ استيلاءً على المَحلِّ، وبه يصيرُ قابضاً، ولا كذلك الحكميُّ، فافترقا.

قال: (ومَنِ اشترى عبداً فَغابَ[2] ولم يَنقُدِ الثَّمنَ، والعبدُ في يدِ البائعِ، فأقامَ البائعُ البَيِّنَةَ أنَّه باعَه إيَّاهُ ولم يَقبِضِ الثَّمنَ، فإنْ كانت غَيبَتُهُ مَعروفَةً لم يُبَعْ في دَينِ البائعِ)؛ لأنَّه يُمكِن إيصالُ البائعِ إلى حقِّهِ بدون البيع، وفيه إبطالُ حقِّ المشتري، (وإنْ لم يُدْرَ أينَ هو بِيعَ العبدُ وأُوفي الثَّمَنَ)؛ لأنَّ مِلكَ المشتري ظهر بإقراره، فيظهرُ على الوجهِ الذي أقرَّ به مَشغولاً بحقِّهِ، وإذا تعذَّرَ استيفاؤه من المشتري يَبيعُه القاضي فيه، كالرَّاهِنِ إذا ماتَ[3]، والمشتري إذا ماتَ مُفلِساً والمبيعُ لم يُقبَض[4].

بخلاف ما بعدَ القبضِ[5]؛ لأنَّ حقَّه لم يبقَ متعلِّقاً به، ثمَّ إن فَضَلَ شيءٌ يُمسَكُ

---

(١) أي: وطءُ الزَّوجِ. بناية.

(٢) أي: المشتري والحالُ انَّه لم ينقُدِ الثَّمنَ للبائع.

(٣) فإنَّ المرتهنَ أحقُّ بالرَّهن، فيباع بدينه إذا تعذَّر الاستيفاء.

(٤) فإنَّ المبيعَ يُباع بِثَمَنه.

(٥) أي: بخلاف ما إذا قبض المشتري العبدَ، فإنَّ بيِّنَةَ البائع لم تقبل؛ لأنَّ حقَّه لم يبقَ متعلِّقاً بالعبد، بل هو دينٌ في ذمَّة المشتري، والبيِّنَةُ حينئذٍ لإثبات الدَّين، ولا يَثبُتُ دينٌ على غائب، فلا يتمكَّنُ القاضي من البيع وقضاءِ الدَّين، وهذا طريقُ الإمام السَّرخسيِّ رحمه الله.
انظر تمامه في فتح القدير.

فإنْ كان المشتري اثنينِ، فَغابَ أحَدُهما، فَلِلحاضِرِ أنْ يَدفَعَ الثَّمَنَ كلَّهُ ويَقبِضَهُ، وإذا حَضَرَ الآخَرُ لم يأخُذْ نَصِيبَهُ حَتَّى يَنقُدَ شَريكَهُ الثَّمَنَ كُلَّه، وهو قولُ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وقال أبو يوسف: إذا دفَعَ الحاضِرُ الثَّمَنَ كُلَّهُ لم يَقبِضْ إلَّا نَصِيبَهُ، وكان مُتطوِّعاً بِما أدَّى عن صاحِبِهِ. ومَنِ اشترى جاريةً بألفِ مِثْقالِ ذَهَبٍ وفِضَّةٍ، فهما نِصفانِ. ....

للمشتري؛ لأنَّه بدَلُ حقِّه، وإنْ نَقَصَ يُتبَعُ هو أيضاً[١].

قال: (فإنْ كان المشتري اثنينِ، فَغابَ أحَدُهما، فَلِلحاضِرِ أنْ يَدفَعَ الثَّمَنَ كلَّهُ ويَقبِضَهُ، وإذا حَضَرَ الآخَرُ لم يأخُذْ نَصِيبَهُ حَتَّى يَنقُدَ شَريكَهُ الثَّمَنَ كُلَّه، وهو قولُ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وقال أبو يوسف: إذا دفَعَ الحاضِرُ الثَّمَنَ كُلَّهُ لم يَقبِضْ إلَّا نَصِيبَهُ، وكان مُتطوِّعاً بِما أدَّى عن صاحِبِهِ)؛ لأنَّه قضى دينَ غيرِهِ بغيرِ أمرِهِ، فلا يَرجِعُ عليه، وهو أجنبيٌّ عن نَصيبِ صاحِبِهِ فلا يَقبِضُه.

ولهما: أنَّه مضطرٌّ فيه؛ لأنَّه لا يُمكِنُه الانتفاعُ بنصيبه إلَّا بأداء جميعِ الثَّمن؛ لأنَّ البيعَ صفقةٌ واحدةٌ، وله حقُّ الحبسِ ما بقي شيءٌ منه، والمُضطرُّ يَرجِعُ كمُعِيرِ الرَّهنِ[٢]، وإذا كان له أن يَرجِعَ عليه كان له حَقُّ الحَبسِ عنه إلى أن يَستوفيَ حقَّهُ، كالوكيل بالشِّراء إذا قَضَى الثَّمَن من مال نفسِهِ.

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً بألفِ مِثْقالِ ذَهَبٍ وفِضَّةٍ، فهما نِصفانِ)؛ لأنَّه أضافَ المِثقالَ إليهما على السَّواء، فيجبُ من كلٍّ واحدٍ منهما خمسُمائةِ مِثقالٍ لِعَدَمِ الأولويَّة.

---

(١) أي: يَتبَعُ البائع المشتري.

(٢) فإنَّ مَن أعار شيئاً رجلاً لِيَرهَنَه، فرَهَنه، ثمَّ أفلس الرَّاهنُ - وهو المستعير - أو غاب فافتكَّه المُعيرُ، فإنَّه يرجعُ على الرَّاهن بما أدَّى وإنْ كان ذلك قضاءَ دينِ الغَيرِ بغيرِ أمرِهِ؛ لاضطراره في القضاءِ، وهذا ممَّا لا يُنكَر، فإنَّ للضَّروراتِ أحكاماً. عناية.

وَمَنْ له على آخَرَ عَشَرَةُ دراهِمَ جِيادٍ، فَقَضاهُ زُيُوفاً وهو لا يَعلَمُ، فأنفقَها أو هَلَكَتْ، فهو قضاءٌ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يَرُدُّ مِثلَ زُيوفِهِ ويَرجِعُ بِدراهِمِهِ. وإذا أفرَخَ طَيرٌ في أرضِ رَجلٍ، فَهُو لِمَنْ أخَذَهُ، وكذا إذا تَكَنَّسَ فيها ظَبيٌ.

وبمثله لو اشترى جارِيةً بألفٍ من الذَّهبِ والفِضَّة، يجب من الذَّهبِ مثاقيلُ ومن الفِضَّةِ دراهمُ وزنَ سبعةٍ[1]؛ لأنَّه أضافَ الألْفَ إليهما، فينصرفُ إلى الوزنِ المعهودِ في كلٍّ واحدٍ منهما.

قال: (ومَنْ له على آخَرَ عَشَرَةُ دراهِمَ جِيادٍ، فَقَضاهُ زُيُوفاً وهو لا يَعلَمُ، فأنفقَها أو هَلَكَتْ، فهو قضاءٌ[2] عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يَرُدُّ مِثلَ زُيوفِهِ ويَرجِعُ بِدراهِمِهِ)؛ لأنَّ حقَّه في الوصفِ مَرْعيٌّ كهو في الأصل[3]، ولا يمكنُ رعايتُهُ بإيجابِ ضمانِ الوصفِ؛ لأنَّه لا قيمةَ له عند المُقابلةِ بجنسِهِ، فوجَبَ المصيرُ إلى ما قلنا.

ولهما: أنَّه من جنسِ حقِّه، حتَّى لو تَجوَّز به فيما لا يَجوزُ الاستبدالُ جازَ، فيقَعُ به الاستيفاءُ، ولا يبقى حقُّه إلَّا في الجَودةِ، ولا يُمكِنُ تَدارُكُها بإيجابِ ضَمانِها لما ذكرنا[4]، وكذا بإيجابِ ضمانِ الأصلِ؛ لأنَّه إيجابٌ له عليه، ولا نظيرَ له.

قال: (وإذا أفرَخَ طَيرٌ في أرضِ رَجلٍ، فَهُو لِمَنْ أخَذَهُ)، وكذا إذا باضَ فيها (وكذا إذا تَكَنَّسَ فيها ظَبيٌ[5]) لأنَّه مباحٌ سَبَقَت يدُهُ إليه، ولأنَّه صيدٌ وإن كان

---

(١) يعني: يجبُ من الذَّهبِ مثاقيلُ، خمسُمائةِ مِثقالٍ، ومن الفِضَّة دراهمُ، خمسُمائةِ دِرهمٍ كلُّ عشرةٍ وزنُ سبعة مثاقيل؛ لأنَّه هو المتعارَفُ في وزن الدَّراهم. عناية.

(٢) أي: يكون مؤدِّياً ما عليه من تلك الدَّراهم، ولا يبقى عليه شيء.

(٣) أي: كما أنَّ حقَّه مَرْعيٌّ في الأصل من حيثُ القدرُ، فلو نقصَ عن كمِّيَّة حقِّه رجع عليه بمقداره، فكذا إذا نقص في وصفه.

(٤) إشارةٌ إلى قوله: «لا قيمة له عند المقابلة بجنسه».

(٥) أي: دخل كِناسَهُ، والكِناسُ بيتُ الظَّبي.

يؤخَذُ بغير حيلةٍ، والصَّيدُ لِمَن أخَذَه، وكذا البيضُ؛ لأنَّه أصلُ الصَّيد؛ ولهذا يجبُ الجزاءُ على المُحرِمِ بِكَسره أو شَيِّه، وصاحبُ الأرضِ لم يُعِدَّ أرضَهُ لذلك، فصار كنَصْبِ شبكةٍ للجَفافِ[1].

وكذا إذا دخَلَ الصَّيدُ دارَهُ، أو وقع ما نُثِر من السُّكَّرِ والدَّراهِم في حِجْرِهِ أو ثيابِهِ، لم يكنْ له[2] ما لم يَكفَّه أو كان مستعدَّاً له، بخلاف ما إذا عَسَّلَ النَّحلُ في أرضِهِ؛ لأنَّه[3] عُدَّ من أنزالِهِ[4] فيملِكُهُ تبعاً لأرضه، كالشَّجرِ النَّابتِ فيها، والتُّرابِ المُجتمعِ في أرضِهِ بجريان الماء، والله أعلم.



(١) لأجل أن يجفِّفها، فتعلَّق بها صيدٌ فهو للآخذ لا لصاحب الشَّبكة.

(٢) أي: لم يكن له حصراً، بل هو لمن أخذه ولو من حِجْره، ولا يختصُّ بملكه إلا إذا ضمَّ صاحبُ الثِّياب ثيابه، أو كان قد تهيَّأ لأخذِ السُّكرِ المتناثر.

(٣) أي: العسل.

(٤) «الأنزال» جمع «نُزُل» وهو الزِّيادة، وذكَّر الضَّمير؛ لأنَّه عائدٌ على الأرض، وهي مؤنثة، وهو على تأويل المكان، ومعنى قوله: «عُدّ من أنزاله» أي: من زيادات الأرض. أي: ما يَنبُتُ فيها، فيملِكُه تَبعاً للأرض كالشَّجر النَّابِت فيها، وكالتُّراب والطِّين.

كتاب الصرف

كِتَابُ الصرف

الصَّرفُ: هو البيعُ إذا كان كلُّ واحدٍ مِنْ عِوَضَيه مِنْ جِنْسِ الأثمانِ. فإنْ باعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ، أو ذهباً بِذَهبٍ، لا يَجُوزُ إلَّا مِثلاً بِمِثلٍ، وإنِ اختَلَفا في الجَوْدَةِ والصِّياغةِ. ولا بُدَّ مِنْ قَبضِ العِوَضَينِ قبلَ الافتراقِ. ....

(كتاب الصرف)

قال: (الصَّرفُ: هو البيعُ إذا كان كلُّ واحدٍ مِنْ عِوَضَيه مِنْ جِنْسِ الأثمانِ)، سُمِّي به للحاجةِ إلى النَّقل في بَدَلَيه من يدٍ إلى يدٍ.

والصَّرفُ هو النَّقلُ والرَّدُّ لغةً، أو لأنَّه لا يُطلَب منه إلَّا الزِّيادةُ، إذ لا يُنتفَعُ بعينه. والصَّرفُ: هو الزِّيادةُ لغةً، كذا قاله الخليل، ومنه سُمِّيت العبادةُ النَّافلةُ صَرْفاً.

قال: (فإنْ باعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ، أو ذهباً بِذَهبٍ، لا يَجُوزُ إلَّا مِثلاً بِمِثلٍ، وإنِ اختَلَفا في الجَوْدَةِ والصِّياغةِ)؛ لقوله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهبِ مِثلاً بِمِثلٍ، وَزناً بِوَزنٍ، يداً بيدٍ، والفَضلُ رِباً»[1] الحديث، وقال ﷺ: «جَيِّدُها ورَديئُها سواءٌ»[2]، وقد ذكرناه في البيوع.

قال: (ولا بُدَّ مِنْ قَبضِ العِوَضَينِ قبلَ الافتراقِ) لِما روينا[3]، ولقول عمر رضي الله عنه: «وإنِ استنظَرَكَ أن يدخلَ بيتَهُ فلا تُنظِرْه»[4]، ولأنَّه لا بدَّ من قَبضِ أحدِهما لِيَخرُجَ

---

(١) تقدم في الربا ص (١٣٤).

(٢) تقدم ص (١٣٦).

(٣) أراد: قوله ﷺ: «يداً بيد».

(٤) قال الزيلعي (٤/٥٦): رواه مالك عن عمر، قال: «لا تبيعوا الذَّهبَ بالذَّهب، إلَّا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالذَّهبِ أحدُهما غائبٌ والآخَرُ ناجِزٌ، وإنِ استنظرك أن يَلِجَ بيته فلا تُنظِرْه =

العقدُ عن الكالِئِ بالكالِئِ، ثمَّ لا بدَّ من قَبضِ الآخَرِ تحقيقاً للمساواة، فلا يتحقَّقَ الرِّبا، ولأنَّ أحَدَهما ليس بأولى من الآخَرِ، فوَجَبَ قَبْضُهما، سواء كانا يَتعيَّنانِ كالمَصُوغ أو لا يَتعيَّنان كالمَضُروب، أو يَتعيَّن أحَدُهما ولا يَتعيَّنُ الآخَرُ لإطلاق ما روينا[1].

ولأنَّه[2] إن كان يَتعيَّنُ ففيه شُبهةُ عدَمِ التَّعيينِ؛ لكونه ثمناً خِلقةً، فَيُشترطُ قبضُهُ اعتباراً لِلشُّبهةِ في الرِّبا.

والمرادُ منه[3] الافتراقُ بالأبدانِ، حتَّى لو ذهبا عن المجلسِ يَمشيانِ معاً في جهةٍ واحدةٍ، أو ناما في المجلسِ، أو أُغمِي عليهما، لا يبطُلُ الصَّرفُ؛ لقول ابن عمر رضي الله عنه: «وإن وَثَبَ من سَطح فَثِبْ مَعَه»[4]، وكذا المُعتَبَرُ ما ذكرناه في قبضِ رأسِ مالِ السَّلَمِ[5]، بخلاف خيارِ المُخيَّرةِ لأنَّه يَبطُلُ بالإعراض فيه[6].

= إلَّا يداً بيد، هاءً وهاء، إنِّي أخشى عليكم الرِّبا».

ورواه عبد الرزاق في مصنَّفه عن عمر قال: «إذا صَرَفَ أحدُكُم من صاحِبه فلا يُفارِقْه حتَّى يأخذها، وإنِ استَنظَرَه حتى يدخلَ بيته فلا يُنظِرْه، إنِّي أخاف عليكم الرِّبا».

(١) وهو قوله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهب مثلاً بمثل ...».

(٢) جوابٌ عمَّا يقال: بيعُ المضروب بالمضروب بلا قَبضٍ لا يصحُّ؛ لأنَّه كالئٌ بكالئ، وبيعُ المَصوغ بالمصوغ ليس كذلك لِتَعيُّنه بالتَّعين. وتقريره: أنَّ المصوغَ وإن كان يتعيَّنُ ففيه شُبهةُ عَدَمِ التَّعيين؛ لكونه ثَمَناً خِلقةً، فيُشترطُ قبضُهُ اعتباراً للشُّبهةِ في الرِّبا. عناية.

(٣) أي: من قوله: «قبل الافتراق».

(٤) في نصب الراية: غريب جدّاً. وفي فتح القدير: ذكره في المبسوط فقال: وعن أبي جَبَلة قال: سألتُ عبدَ الله بنَ عمر فقلت: إنَّا نَقدُم أرضَ الشَّام ومعنا الوَرِقُ الثِّقال النَّافقةُ، وعندهم الوَرِقُ الخِفافُ الكاسدة، فَنَبتاعُ وَرِقَهُم العَشرُ بتسعةٍ ونصف، فقال: لا تفعل، ولكن بعْ وَرِقَك بِذَهبٍ واشترِ وَرِقَهم بالذَّهب، ولا تُفارِقْه حتَّى تستوفي، وإن وَثَبَ عن سطح فَثِبْ معه.

(٥) أي: المراد بقَبضِ رأس المال قبل الافتراق السَّلَم، هو الافتراق بالأبدان، كما هو الحال هنا.

(٦) أي: في المجلس، فإنَّها لو قامت قبل الاختيار بطل، وكذا إذا مشَتْ مع زوجها في جهةٍ واحدة؛ لأنَّ اشتغالها بالمشي وإن كان مع زوجها دليلُ الإعراض عمَّا جعل لها، فيبطل خيارُها وإن لم تفارق زوجها.

وإنْ باعَ الذَّهَبَ بالفِضَّةِ جازَ التَّفاضُلُ وَوَجَبَ التَّقابُضُ، فإنِ افترقا في الصَّرفِ قبلَ قَبضِ العِوَضَينِ أو أحَدِهِما، بَطَلَ العَقدُ. ولا يَجوزُ التَّصرُّفُ في ثَمنِ الصَّرفِ قبلَ قَبضِهِ، حتَّى لو باعَ ديناراً بِعَشرَةِ دراهِمَ ولم يَقبِضِ العَشَرةَ حتَّى اشترى بها ثوباً، فالبيعُ في الثَّوبِ فاسدٌ. ....

(وإنْ باعَ الذَّهَبَ بالفِضَّةِ جازَ التَّفاضُلُ)؛ لعدمِ المُجانسةِ، (وَوَجَبَ التَّقابُضُ)؛ لقوله ﷺ: «الذَّهبُ بالوَرِقِ رِباً إلَّا هاءً وهاءً»[1].

(فإنِ افترقا في الصَّرفِ قبلَ قَبضِ العِوَضَينِ أو أحَدِهِما، بَطَلَ العَقدُ) لِفَواتِ الشَّرط، وهو القبضُ، ولهذا لا يصحُّ شرطُ الخيارِ فيه، ولا الأجَلُ؛ لأنَّ بأحَدِهما لا يبقى القبضُ مُستَحَقَّاً، وبالثَّاني يفوتُ القبضُ المُستحَقُّ، إلَّا إذا أسقَطَ الخيارَ في المجلس، فيعودُ إلى الجوازِ لارتفاعِهِ قبلَ تقرُّرِهِ، وفيه خلافُ زفر رحمه الله [وقد بينَّا نظيرَهُ، بخلاف ما إذا أسقط بعد الافتراق؛ لأنَّه تقرَّر الفسادُ][2].

قال: (ولا يَجوزُ التَّصرُّفُ في ثَمنِ الصَّرفِ قبلَ قَبضِهِ، حتَّى لو باعَ ديناراً بِعَشرَةِ دراهِمَ ولم يَقبِضِ العَشَرةَ حتَّى اشترى بها ثوباً، فالبيعُ في الثَّوبِ فاسدٌ)؛ لأنَّ القبضَ مُستَحَقٌّ بالعقد حقَّاً لله تعالى، وفي تَجويزِهِ فواتُهُ.

وكان ينبغي أن يَجوزَ العقدُ في الثَّوبِ كما نُقِل عن زفر؛ لأنَّ الدَّراهم لا تتعيَّنُ، فينصرفُ العقدُ إلى مُطلَقِها.

---

(1) تقدم في باب الربا ص (١٤١).
قوله: «هاءً وهاء» مقصوران وممدودان، ومعنى «هاء» خُذْ، ومنه قوله تعالى: ﴿هَآؤُمُ ٱقْرَءُواْ كِتَٰبِيَهْ﴾ [الحاقَّة: ١٩]. بناية
وجهُ الاستدلال: أنَّه استثنى حالةَ التَّقابُض من الحرام بِحَصرِ الحِلِّ فيها، فينتفي الحِلُّ في كلِّ حالةٍ غيرِها، فيدخل في عموم المستثنى حالةُ التَّفاضُلُ والتَّساوي والمجازفةُ، فيحلُّ كلُّ ذلك. فتح.

(2) زيادة من (ج).

وَيَجوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بالفِضَّةِ مُجازَفَةً. ومَنْ باعَ جاريةً قيمَتُها ألفُ مِثقالِ فِضَّةٍ، وفي عُنُقِها طَوقُ فِضَّةٍ قِيمَتُهُ ألفُ مِثقالٍ، بِألفَي مِثقالِ فِضَّةٍ، ونَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ ألفَ مِثقالٍ، ثمَّ افترقا، فالذي نَقَدَ ثَمَنُ الفِضَّةِ. وكذا لو اشتراها بألفي مِثقالٍ، ألفٍ نَسيئةً وألفٍ نَقداً فالنَّقدُ ثَمَنُ الطَّوقِ، ....

ولكنَّا نقول: الثَّمن في باب الصَّرف مبيعٌ؛ لأنَّ البيعَ لا بدَّ له منه، ولا شيءَ سوى الثَّمنين، فَيُجعل كلُّ واحدٍ منهما مبيعاً لِعَدَم الأولويَّةِ، وبيعُ المبيعِ قبلَ القبضِ لا يجوز.

وليس[1] من ضرورةِ كونِهِ مبيعاً أن يكون مُتعيِّناً كما في المُسلَم فيه.

قال: (وَيَجوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بالفِضَّةِ مُجازَفَةً)؛ لأنَّ المساواةَ غيرُ مشروطةٍ فيه، ولكن يُشتَرَطُ القبضُ في المجلس لِما ذكرنا[2]، بخلاف بيعِهِ بجنسِهِ مجازفةً لما فيه من احتمال الرِّبا.

قال: (ومَنْ باعَ جاريةً قيمَتُها ألفُ مِثقالِ فِضَّةٍ، وفي عُنُقِها طَوقُ فِضَّةٍ قِيمَتُهُ ألفُ مِثقالٍ، بِألفَي مِثقالِ فِضَّةٍ، ونَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ ألفَ مِثقالٍ، ثمَّ افترقا، فالذي نَقَدَ ثَمَنُ الفِضَّةِ)؛ لأنَّ قبضَ حصَّةِ الطَّوقِ واجبٌ في المجلس؛ لكونِهِ بدَلَ الصَّرفِ، والظَّاهرُ منه الإتيانُ بالواجب.

(وكذا لو اشتراها بألفي مِثقالٍ، ألفٍ نَسيئةً وألفٍ نَقْداً فالنَّقدُ ثَمَنُ الطَّوقِ)، لأنَّ الأجَلَ باطلٌ في الصَّرفِ جائزٌ في بيع الجارية، والمباشَرةُ على وجهِ الجوازِ وهو الظَّاهرُ منهما.

---

(١) جوابٌ عمَّا يقال: لو كان بدلُ الصَّرفِ مبيعاً وَجَب أن يكون مُتعيِّناً، فقال: كونُهُ مبيعاً لا يَستلزِمُ التَّعيينُ، فإنَّ المُسلَمَ فيه مبيعٌ بالاتِّفاق، وليس بمتعيِّن.

(٢) يعني: قوله ﷺ: «الذَّهبُ بالوَرِق رباً إلَّا هاءَ وهاءً».

وكذلك إنْ باعَ سيفاً مُحَلًّى بمائةِ درهمٍ وحِليَتُهُ خمسونَ، فدَفَعَ من الثَّمنِ خمسينَ، جازَ البيعُ وكانَ المقبوضُ حِصَّةَ الفضَّةِ وإنْ لم يُبيِّن ذلك، وكذلك إنْ قال: «خُذْ هذهِ الخَمسينَ مِنْ ثَمَنِهما»، فإنْ لم يَتقابَضا حتَّى افترقا، بَطَلَ العقدُ في الحِلْيَةِ، وكذا في السَّيفِ إنْ كان لا يَتخَلَّصُ إلَّا بِضَررٍ، وإنْ كان يَتخَلَّصُ بِغَيرِ ضَرَرٍ جازَ البيعُ في السَّيفِ وبَطَلَ في الحِلْيَةِ. ....

(وكذلك إنْ باعَ سيفاً مُحَلًّى بمائةِ درهمٍ وحِليَتُهُ خمسونَ، فدَفَعَ من الثَّمنِ خمسينَ، جازَ البيعُ وكانَ المقبوضُ حِصَّةَ الفضَّةِ وإنْ لم يُبيِّن ذلك) لِما بيَّنَّا[١].

(وكذلك إنْ قال: «خُذْ هذهِ الخَمسينَ مِنْ ثَمَنِهما»)؛ لأنَّ الاثنين قد يُرادُ بذكرهما الواحد، قال الله تعالى: ﴿يَخۡرُجُ مِنۡهُمَا ٱللُّؤۡلُؤُ وَٱلۡمَرۡجَانُ﴾[الرَّحمٰن: ٢٢]، والمرادُ أحدُهُما، فيُحمَل عليه لِظاهِرِ حالِهِ[٢]، (فإنْ لم يَتقابَضا حتَّى افترقا، بَطَلَ العقدُ في الحِلْيَةِ)؛ لأنَّه صرفٌ فيها.

(وكذا في السَّيفِ إنْ كان لا يَتخَلَّصُ إلَّا بِضَررٍ)؛ لأنَّه لا يُمكِن تسليمُهُ بدونِ الضَّررِ، ولهذا لا يجوزُ إفرادُهُ بالبيع، كالجِذْعِ في السَّقف، (وإنْ كان يَتخَلَّصُ بِغَيرِ ضَرَرٍ جازَ البيعُ في السَّيفِ وبَطَلَ في الحِليَةِ)؛ لأنَّه أمكَنَ إفرادُهُ بالبيع، فصار كالطَّوقِ والجارية، وهذا[٣] إذا كانت الفضَّةُ المُفردَةُ أزيَدَ مِمَّا فيه[٤]، فإنْ كانت مِثلَه أو أقَلَّ منه، أو لا يدري لا يجوزُ البيعُ للرِّبا أو لاحتماله، وجِهةُ الصِّحةِ من وجهٍ[٥]، وجِهةُ الفسادِ من وجهين[٦]، فتَرَجَّحت.

---

(١) من قوله: «أنَّ الظاهر منه الإتيان بالواجب».

(٢) أي: لظاهر حال المسلم، فإنَّه لا يباشر أعمالَهُ إلا على وجه الجواز.

(٣) أي: جوازُ البيعِ في السَّيف وبطلانُهُ في الحلية.

(٤) المرادُ بالفضَّة المفردةِ الثَّمنُ، والضَّميرُ في «فيه» راجع إلى المبيع عموماً.

(٥) وهو احتمال أن تكون الفضَّةُ المفردةُ أزيد مما من الفضة التي في المبيع.

(٦) وهما احتمالُ كونِ المفردةِ أقلَّ، أو مساويةً للتي في المبيع.

وَمَنْ باعَ إناءَ فِضَّةٍ ثُمَّ افترقا، وقد قَبَضَ بعضَ ثَمَنِهِ، بَطَلَ البيعُ فيما لم يَقبِضْ، وصَحَّ فيما قَبَضَ، وكان الإناءُ مَشتَرَكاً بينهما، ولو استُحِقَّ بعضُ الإناءِ، فالمشتري بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَ الباقي بحِصَّتِهِ، وإنْ شاءَ رَدَّهُ. وَمَنْ باعَ قِطعَةَ نُقرَةٍ، ثُمَّ استُحِقَّ بَعضُها، أخَذَ ما بقي بحِصَّتِها ولا خيارَ له. وَمَنْ باعَ دِرهَمَينِ وديناراً بِدِرهَمٍ ودِينارَينِ، جازَ البيعُ وجَعَلَ كلَّ جِنْسٍ بِخِلافِهِ. ....

قال: (وَمَنْ باعَ إناءَ فِضَّةٍ ثُمَّ افترقا، وقد قَبَضَ بعضَ ثَمَنِهِ، بَطَلَ البيعُ فيما لم يَقبِضْ، وصَحَّ فيما قَبَضَ، وكان الإناءُ مَشتَرَكاً بينهما)؛ لأنَّه صرفٌ كلُّه فصَحَّ فيما وُجِد شَرطُه، وبطَلَ فيما لم يُوجَد، والفسادُ طارئٌ[1] لأنَّه يصحُّ، ثمَّ يَبطُلُ بالافتراق، فلا يشيعُ[2].

قال: (ولو استُحِقَّ بعضُ الإناءِ، فالمشتري بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَ الباقي بحِصَّتِهِ، وإنْ شاءَ رَدَّهُ)؛ لأنَّ الشَّركةَ عيبٌ في الإناء.

(وَمَنْ باعَ قِطعَةَ نُقرَةٍ، ثُمَّ استُحِقَّ بَعضُها، أخَذَ ما بقي بحِصَّتِها ولا خيارَ له)؛ لأنَّه لا يضرُّهُ التَّبعيضُ.

قال: (وَمَنْ باعَ دِرهَمَينِ وديناراً بِدِرهَمٍ ودِينارَينِ، جازَ البيعُ وجَعَلَ كلَّ جِنْسٍ بِخِلافِهِ[3]).

وقال زفر والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[4]: لا يجوز. وعلى هذا الخلافِ إذا باعَ كُرَّي شعيرٍ

---

(١) أي: طارئٌ بعد صحَّة العقد في الكلِّ، بناءً على ما هو المختار من أنَّ القبضَ قبل الافتراقِ شرطُ البقاءِ على الصِّحَّة لا شرطُ الانعقادِ على وجهِ الصِّحَّةِ في الكلِّ. فتح.

(٢) أي: الفساد.

(٣) فَيُعتَبَرُ الدِّرهمان بالدِّينارين، والدِّرهمُ بالدِّينار.

(٤) قال النووي في الروضة (٣/ ٥٢) وما بعدها، الكتب العلمية: العقدُ قد يشتملُ على ربويٍّ من الجانبين، ويختلفُ العِوَضانِ أو أحَدُهما، جنساً، أو نوعاً، أو صفةً، وهو ضربان:
أحدهما: أن يكونُ الرِّبويُّ من الجانبين جنساً، ومن صوره: أن يختلف الجنسُ من الطَّرفين أو أحدهما، كما إذا باع مُدَّ عجوةٍ ودرهماً بِمُدِّ عجوةٍ ودرهم، أو بِمُدَّي عجوةٍ، أو بدرهمين،

وكُرِّ حِنطَةٍ بِكُرِّ شَعيرٍ وكُريٍّ حِنطَةٍ.

ولهما: أنَّ في الصَّرف إلى خلافِ الجنس تَغييرُ تَصرُّفِهِ؛ لأنَّه قابَلَ الجملةَ بالجملةِ، ومِنْ قضيَّتِهِ[1] الانقسامُ على الشُّيوعِ[2] لا على التَّعيين، والتَّغييرُ لا يجوزُ وإنْ كان فيه تصحيحَ التَّصرُّف، كما إذا اشترى قُلْباً بعَشَرةٍ[3] وثوباً بعشَرَةٍ ثمَّ باعَهُما مرابحةً، لا يجوزُ وإنْ أمكَنَ صَرفُ الرِّبحِ إلى الثَّوب.

وكذا إذا اشترى عبداً بألفِ درهم، ثمَّ باعَهَ قبلَ نَقدِ الثَّمنِ من البائع مع عبدٍ آخَرَ بألفٍ وخَمسِمائةٍ، لا يجوزُ في المُشترى بألفٍ وإن أمكَنَ تصحيحُهُ بِصَرفِ الألفِ إليه.

وكذا إذا جمَعَ بينَ عبدِهِ وعبدِ غيرِهِ، وقال: «بعتُكَ أحَدَهما» لا يجوزُ وإنْ أمكَنَ تصحيحُهُ بِصَرفِهِ إلى عبده.

= أو باعَ صاعَ حنطةٍ وصاعَ شعيرٍ بصاعِ حنطةٍ وصاعِ شعيرٍ، أو بصاعَي حنطةٍ، أو بصاعي شعير.
ومن صوره: أن يختلف النَّوعُ أو الصِّفة من الطرفين أو أحدهما، كما إذا باع مُدَّ عجوةٍ ومدَّ صيحاني، بمدِّ عجوةٍ ومدِّ صيحاني، أو بمُدَّي عجوةٍ، أو بمُدَّي صيحاني، أو باع مائةَ دينارٍ جيِّدةٍ، ومائةَ دينارٍ رديئةٍ بمائتي دينارٍ جيِّد، أو رديءٍ، أو وسط، أو بمائة جيِّد، ومائةٍ رديءٍ، فلا يصحُّ البيعُ في شيءٍ من هذه الصُّور ونظائرها، هذا هو الصَّحيحُ المعروف الذي قطَعَ به الجمهور.
الثاني: أن يكون الرِّبويُّ من الطَّرفين جنسين، وفي الطَّرفين أو أحدهما شيءٌ آخر، فاختلفت علَّةُ الرِّبا، بأن باع درهماً وديناراً بصاعِ حنطةٍ وصاعِ شعيرٍ، جاز. وإن اتَّفقت: فإن كان التقابضُ شرطاً في جميع العوضين، بأن باع صاع حنطةً أو صاع شعير، بصاعي تمرٍ، أو بصاعِ تمرٍ وصاع ملح، جاز أيضا. وإن كان التَّقابض شرطاً في البعض فقط، بأن باع صاع حنطة ودرهما، بصاعي شعير، ففيه قولا الجمع بين مختلفي الحكم، لأنَّ ما يقابل الدِّرهمَ من الشَّعير، لا يشترط فيه التقابض.

(١) أي: ومن قضيَّة التَّقابل.

(٢) ومعنى الشُّيوع: أن يكون كلُّ جزءٍ على الشُّيوع من أحد البدلين، مقابِلاً لكل جزء على الشُّيوع من البدل الآخر.

(٣) «القُلْبُ» السِّوار، أي: إذا اشترى سواراً وزنُه عشرةُ دراهم. أي: اشتراه بعشَرَة دراهم كما هو وزنه.

وَمَنْ باعَ أَحَدَ عشَرَ درهماً بِعَشَرةِ دراهمَ ودينارٍ، جازَ البيعُ وتكونُ العَشَرَةُ بِمِثْلِها والدِّينارُ بِدِرْهَمٍ. ....

وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوبٍ، وافترقا من غيرِ قَبضٍ، فسَدَ العقدُ في الدِّرهمين، ولا يُصرَفُ الدِّرهمُ إلى الثَّوب لِما ذكرنا[1].

ولنا: أنَّ المقابَلَةَ المُطلَقةَ تَحتمِلُ مقابَلَةَ الفَردِ بالفَردِ، كما في مُقابَلةِ الجنسِ بالجنسِ، وأنَّه طريقٌ مُتعيِّنٌ لتصحيحه، فَيُحمَل عليه تصحيحاً لِتَصرُّفه، وفيه تَغييرُ وَصفِهِ لا أصلِهِ؛ لأنَّه يبقى مُوجَبُه الأصليُّ - وهو ثُبوتُ الملك في الكلِّ - بمقابلة الكلِّ، وصار هذا كما إذا باع نصفَ عبدٍ مُشتَرَكٍ بينه وبين غيرِهِ، ينصرف إلى نَصيبِهِ تصحيحاً لِتَصرُّفِه، بخلاف ما عَدَّ من المسائل:

- أمَّا مسألةُ المُرابَحَةِ فلأنَّه يصيرُ توليةً في القُلْب، بِصَرفِ الرِّبحِ كلِّه إلى الثَّوب.

- والطَّريقُ في المسألة الثَّانيةِ غيرُ متعيِّنٍ[2]؛ لأنَّه يُمكِنُ صَرْفُ الزِّيادةِ على الألفِ إلى المشتري.

- وفي الثَّالثةِ أُضيف البيعُ إلى المُنكَّرِ، وهو ليس بِمَحلٍّ للبيعِ، والمُعيَّنُ ضِدُّه[3].

- وفي الأخيرةِ العَقدُ انعقَدَ صحيحاً، والفَسادُ في حالةِ البقاءِ، وكلامُنا في الابتداءِ.

قال: (وَمَنْ باعَ أَحَدَ عشَرَ درهماً بِعَشَرةِ دراهمَ ودينارٍ، جازَ البيعُ وتكونُ العَشَرَةُ بِمِثلِها والدِّينارُ بِدِرْهَمٍ)؛ لأنَّ شرطَ البيعِ في الدَّراهم التَّماثلُ على ما روينا، فالظَّاهرُ أنَّه أراد به ذلك، فبقي الدِّرهمُ بالدِّينار، وهما جنسانِ، ولا يُعتَبَرُ التَّساوي فيهما.

---

(١) أي: من قوله: «ومن قضيَّته الانقسام على الشُّيوع لا على التَّعيين».

(٢) أي: طريق تصحيح المسألة الثانية غيرُ متعيِّن، بل يمكن تصحيحها بطريقة ثانية بيَّنها بقوله: لأنَّ يمكن صرفُ ... إلخ.

(٣) أي: والشَّيءُ لا يتناول ضدَّه.

ولو تَبَايَعا فِضَّةً بِفِضَّةٍ أو ذهباً بِذَهبٍ، وأَحَدُهما أقلُّ، ومعَ أقلِّهما شيءٌ آخَرُ تبلُغُ قِيمَتُهُ باقي الفِضَّةِ، جازَ البيعُ من غيرِ كراهِيَةٍ، وإنْ لم تبلُغْ فمَعَ الكراهةِ، وإنْ لم يكنْ له قيمةٌ كالتُّرابِ لا يَجوزُ البيعُ. ومَنْ كانَ له على آخَرَ عَشْرَةُ دراهِمَ، فَباعَهُ الذي عليه العشرةُ ديناراً بِعَشَرَةِ دراهِمَ وَدَفَعَ الدِّينارَ وتَقاصَّا العَشَرَةَ بالعَشَرَةِ، فهو جائزٌ. ....

(ولو تَبايَعا فِضَّةً بِفِضَّةٍ أو ذهباً بِذَهبٍ، وأحَدُهما أقلُّ، ومعَ أقلِّهما شيءٌ آخَرُ تَبلُغُ قِيمَتُهُ باقي الفِضَّةِ، جازَ البيعُ من غيرِ كراهِيَةٍ، وإنْ لم تبلُغْ فمَعَ الكراهةِ، وإنْ لم يكنْ له قيمةٌ كالتُّرابِ لا يَجوزُ البيعُ) لِتَحقُّقِ الرِّبا؛ إذِ الزِّيادةُ لا يُقابِلُها عِوَضٌ، فيكون رِباً.

قال: (ومَنْ كانَ له على آخَرَ عَشْرَةُ دراهِمَ، فَباعَهُ الذي عليه العشرةُ ديناراً بِعَشَرَةِ دراهِمَ وَدَفَعَ الدِّينارَ وتَقاصَّا العَشَرَةَ بالعَشَرَةِ، فهو جائزٌ)، ومعنى المسألة إذا باعَ بعَشَرةٍ مُطلَقَة[1].

ووجهه[2]: أنَّه يَجِبُ بهذا العقدِ ثمَنٌ يجبُ عليه تَعيينُهُ بالقبض لِما ذكرنا[3]، والدَّينُ ليس بهذه الصِّفة، فلا تقَعُ المُقاصَّةُ بنفس المَبيع لعَدَمِ المُجانسةِ[4]، فإذا تقاصَّا يتضمَّنُ ذلك فَسْخَ الأوَّلِ[5] والإضافةَ إلى الدَّينِ[6]، إذ لولا ذلك[7] يكون استبدالاً ببدلِ الصَّرفِ.

---

(١) أي: لم يقيِّد بالعشرة التي عليه، لأنَّه لو أضاف العقدَ إلى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف، وفي المطلقة يجوز عندنا استحساناً، وعند زفر لا يجوز قياساً. بناية.

(٢) أي: وجه الجواز.

(٣) أي: من وُجوبِ قَبضِ العوضين قبل الافتراق.

(٤) أي: لعَدَم المجانسةِ بين العينِ والدَّينِ؛ لأنَّ بدل الصَّرفِ واجبُ التَّعيينِ بالقبض، والدَّين قد سَبَقَ وُجوبُه. عناية.

(٥) أي: الصَّرف الأوَّل، وهو الصَّرف المطلَق، وهو بيعُ الدينار بعشرة مطلقةٍ. بناية.

(٦) أي: إضافة العقدِ إلى الدَّين، فصار كأنَّه قال: اشتريتُ هذا الدِّينارَ منكَ بالعشرة التي لي عليك.

(٧) يعني: لولا تحويل العقد إلى صرف آخر، وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دينٌ. بناية.

وَيَجوزُ بيعُ درهم صَحيح ودِرهَمَي غَلَّةٍ بِدرهَمَينِ صَحيحَينِ ودِرهَم غَلَّةٍ، وإذا كان الغالبُ على الدَّراهِم الفِضَّةَ، فهي فِضَّةٌ، وإذا كان الغالبُ على الدَّنانيرِ الذَّهَبَ، فهي ذَهَبٌ، ويُعتَبَرُ فيهما مِنْ تَحريم التَّفاضُلِ ما يُعتُبَرُ في الجِيادِ، حتَّى لا يجوزُ بيعُ الخالِصَةِ بها، ولا بيعُ بَعضِها بِبَعضٍ إلَّا متساوياً في الوزن، وكذا لا يَجوزُ الاستقراضُ بها إلَّا وَزْناً، ....

وفي الإضافةِ إلى الدَّينِ تقعُ المُقاصَّةُ بِنفسِ العَقدِ على ما نُبيِّنه. والفسخُ قد يَثبُتُ بطريق الاقتضاءِ، كما إذا تبايعا بألفٍ ثمَّ بألفٍ وخمسمائة.

وزفرُ يُخالِفُنا فيه؛ لأنَّه لا يقولُ بالاقتضاء.

وهذا[1] إذا كان الدَّينُ سابقاً، فإن كان لاحقاً فكذلك في أصحِّ الرِّوايتين لِتضمُّنِهِ انفساخَ الأوَّلِ والإضافةَ إلى دينٍ قائمٍ وقتَ تحويلِ العقدِ، فكفى ذلك للجواز.

قال: (ويَجوزُ بيعُ درهم صَحيح ودِرهَمَي غَلَّةٍ بِدرهَمَينِ صَحيحَينِ ودِرهَم غَلَّةٍ)، والغَلَّةُ ما يَردُّه بيتُ المالِ[2] ويأخُذُه التُّجار.

ووجهُهُ: تحقُّقُ المساواةِ في الوزنِ، وما عُرِفَ من سقوطِ اعتبارِ الجَودةِ.

قال: (وإذا كان الغالبُ على الدَّراهمِ الفِضَّةَ، فهي فِضَّةٌ. وإذا كان الغالبُ على الدَّنانيرِ الذَّهَبَ، فهي ذَهَبٌ. ويُعتَبَرُ فيهما مِنْ تَحريمِ التَّفاضُلِ ما يُعتُبَرُ في الجِيادِ، حتَّى لا يجوزُ بيعُ الخالِصَةِ بها، ولا بيعُ بَعضِها بِبَعضٍ إلَّا متساوياً في الوزن، وكذا لا يَجوزُ الاستقراضُ بها إلَّا وَزْناً)؛ لأنَّ النُّقود لا تخلو عن قليل غِشٍّ عادةً؛ لأنَّها لا تَنطبعُ إلَّا مع الغِشِّ، وقد يكونُ الغِشُّ خِلقيّاً كما في الرَّديء منه، فَيُلحَقُ القليلُ بالرَّداءة[3]، والجَيِّدُ والرَّديءُ سواءٌ.

---

(١) أي: ما ذكر من التَّقاصِّ والفسخ والإضافة إلى الدَّين. بناية.

(٢) يردُّها بيتُ المال لا للزِيافَتِها، بل لأنَّها دراهمُ مُقطَّعةٌ مكسَّرةٌ، يكون في القطعة رُبعٌ وثُمُنٌ وأقلُّ، وبيتُ المالِ لا يأخذُ إلَّا الصِّحاح. فتح.

(٣) أي: يلحقُ القليل من الغِشِّ بالرَّداءة الخِلقيَّة.

وإنْ كان الغالبُ عليهما الغِشَّ فَليسَا في حُكمِ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ، وإنْ بِيعَتْ بِجِنسِها مُتفاضِلاً جازَ صَرْفاً للجنسِ إلى خِلافِ الجِنْسِ. ....

(وإنْ كان الغالبُ عليهما الغِشَّ فَليسَا في حُكمِ الدَّراهم والدَّنانيرِ) اعتباراً للغالِبِ، فإنِ اشترى بها فضَّةً خالصةً فهو على الوجوه التي ذكرناها في حِلْيَةِ السَّيفِ.

(وإنْ بِيعَتْ بِجنسِها[1] مُتفاضِلاً جازَ صَرْفاً للجنسِ إلى خِلافِ الجِنْسِ)، فهي في حُكمِ شيئين فِضَّةٍ وصُفرٍ[2]، ولكنَّه صَرْفٌ حتَّى يُشترطُ القبضُ في المَجلِسِ لِوُجودِ الفضَّةِ من الجانبين، فإذا شُرِط القبضُ في الفضَّةِ يُشترَط في الصُّفر؛ لأنَّه لا يَتميَّزُ عنه إلَّا بضرر.

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ومشايخنا رَحِمَهُمُ اللهُ[3] لم يُفتُوا بجوازِ ذلك[4] في العَدَالي[5] والغَطارفةِ[6]؛ لأنَّها أعزَّ الأموالِ في ديارنا، فلو أُبيح التَّفاضلُ فيه يَنفتحُ بابُ الرِّبا[7].

ثمَّ إن كانت[8] تَرُوج بالوزن، فالتَّبايُعُ والاستقراضُ فيها بالوزن، وإنْ كانت تَرُوج بالعَدِّ فبالعَدِّ، وإنْ كانت تَرُوج بهما فَبِكلٍّ واحدٍ منهما؛ لأنَّ المُعتبَرَ هو المُعتادُ فيهما إذا لم يكن فيهما نَصٌّ.

---

(١) أي: إن بيعت الدَّراهمُ المغشوشةُ بجنسها من الدَّراهمِ المغشوشةِ.

(٢) وبيعُ الفضَّةِ بالصُّفر أو بالعكس متفاضلاً جائزٌ، فكذلك بيعُ الدَّراهم المغشوشة بطريق صرفِ الجنسِ إلى خلاف الجنس. بناية.

(٣) يريد علماءَ ما وراء النهر. عناية.

(٤) أي: التَّفاضل.

(٥) كأنَّه اسمُ مَلِكٍ نُسب إليه درهمٌ فيه غشٌّ. بناية.

(٦) وهي المنسوبة إلى غِطريف بنِ عطاءِ الكندي، أمير خراسان أيَّامَ الرَّشيد، وقيل: هو خال هارون الرَّشيد. عناية.

(٧) فإنَّ الناس حينئذٍ يعتادون التَّفاضُل في الأموال النَّفيسة، فيندرجون إلى ذلك في النُّقود الخالصة، فَمُنِع ذلك حسماً لمادَّة الفساد. فتح.

(٨) أي: الدَّراهم والدَّنانير التي غلب عليها الغِشُّ.

وإذا اشترى بها سِلْعَةً فَكَسَدَتْ وتَرَكَ النَّاسُ المُعامَلَةَ بها، بَطَلَ البيعُ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: عليه قِيمَتُها يومَ البَيعِ، وقال محمد: قِيمَتُها آخِرَ ما تَعامَلَ النَّاسُ بها. ....

ثمَّ هي ما دامت تَرُوجُ تكون أثماناً[1] لا تتعيَّنُ بالتَّعيين، وإذا كانت لا تَرُوجُ فهي سِلعةٌ تتعيَّنُ بالتَّعيين. وإذا كانت يَتقبَّلُها البعضُ دونَ البعضِ فهي كالزُّيوف لا يَتعلَّقُ العقدُ بِعَينِها، بل بِجِنسِها زُيوفاً إن كان البائعُ يَعلَمُ بحالها؛ لِتَحقُّقِ الرِّضا منه، وبِجِنسِها من الجِياد إن كان لا يَعلَمُ؛ لِعَدَمِ الرِّضا منه.

(وإذا اشترى بها سِلْعَةً فَكَسَدَتْ[2] وتَرَكَ النَّاسُ المُعامَلَةَ بها[3]، بَطَلَ البيعُ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: عليه قِيمَتُها يومَ البَيعِ، وقال محمد: قِيمَتُها آخِرَ ما تَعامَلَ النَّاسُ بها).

لهما[4]: أنَّ العقدَ قد صحَّ إلَّا أنَّه تعذَّرَ التَّسليمُ بالكساد، وأنَّه لا يُوجِب الفساد، كما إذا اشترى بالرُّطَب فانقطعَ أوانُهُ[5]، وإذا بَقِي العقدُ وَجبَت القيمةُ، لكن عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ وقتَ البيعِ لأنَّه مضمونٌ به، وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ يومَ الانقطاعِ لأنَّه أوانُ الانتقالِ إلى القيمةِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ الثَّمن يَهلِك بالكساد؛ لأنَّ الثَّمنيَّةَ بالاصطلاح،

---

(1) أي: حكمُها حكمُ الأثمان.

(2) أي: كسدت الدَّراهمُ قبل قبضها.

قيَّد بـ«الكساد» لأنَّها لو نقَصَت قيمتُها قبلَ القَبضِ فالبيعُ على حالِهِ بالإجماع ولا يَتخيَّرُ البائع، وعكسُهُ لو غَلَت قيمَتُها وازدادت، فالبيعُ على حالِهِ ولا يتخيَّرُ المشتري ويُطالَبُ بالنَّقدِ بذلك العيار الذي كان وقتَ البيع. فتح.

(3) أي: في جميع البلاد، فلو راجت في بعضها لم يبطل البيع، ولكن يُخيَّر البائعُ لتعيُّبها. غنيمي.

(4) لأبي يوسف ومحمد.

(5) بأن لا يوجَدَ في الأسواق، لا يبطُلُ اتِّفاقاً، وتجب القيمةُ أو ينتظرُ زمانَ الرُّطَب في السَّنةِ الثَّانية، فكذا هنا. فتح.

ويَجُوزُ البيعُ بالفُلُوسِ وإذا باعَ بالفُلوسِ النَّافقةِ، ثُمَّ كَسَدَتْ، بطَلَ البيعُ عند أبي حنيفة خِلافاً لهما. ولَوِ استَقْرَضَ فُلُوساً نافِقَةً فَكَسَدَتْ عند أبي حنيفة يَجِبُ عليه مِثلُها.

وما بقي[1]، فيبقى بيعاً بلا ثَمنٍ فَيَبطُل، وإذا بطلَ البيعُ يجبُ رَدُّ المَبيعِ إن كان قائماً، وقيمتِهِ إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد.[2]

قال: (ويَجُوزُ البيعُ بالفُلُوسِ) لأنَّها مالٌ معلومٌ، فإن كانت نافِقةً جاز البيع بها وإنْ لم تتعيَّنْ؛ لأنَّها أثمانٌ بالاصطلاح، وإن كانت كاسِدةً لم يَجُزِ البيعُ بها حتَّى يُعيِّنَها؛ لأنَّها سِلَعٌ فلا بدَّ من تعيينها.

(وإذا باعَ بالفُلوسِ النَّافقةِ، ثُمَّ كَسَدَتْ، بطَلَ البيعُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ خِلافاً لهما)، وهو نظيرُ الاختلاف الذي بيَّنَّاه.

(ولَوِ استَقْرَضَ فُلُوساً نافِقَةً فَكَسَدَتْ عند أبي حنيفة يَجِبُ عليه مِثلُها)؛ لأنَّه إعارَةٌ، ومُوجَبُه رَدُّ العينِ معنىً، والثَّمنيَّةُ فَضْلٌ فيه؛ إذِ القَرضُ لا يَختَصُّ به.

وعندهما: تجبُ قيمتُها؛ لأنَّه لمَّا بَطَل وَصْفُ الثَّمنيَّة تعذَّرَ ردُّها كما قَبَضَ، فيجبُ ردُّ قيمَتِها، كما إذا استقرض مِثليَّاً فانقطَعَ، لكن عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: يومَ القَبضِ، وعند محمد رَحِمَهُ اللهُ: يومَ الكسادِ على ما مَرَّ من قبل، وأصلُ الاختلافِ فيمن غَصَبَ مِثليَّاً فانقَطَعَ[3]، وقولُ محمَّد رَحِمَهُ اللهُ أنظَرُ للجانبين، وقولُ أبي يوسف أيسَرُ.

---

(١) أي: الثَّمنيَّةُ في الدَّراهم التي غالبُها غِشٌّ إنَّما ثبتت بالاصطلاح، فإذا ترك النَّاسُ التَّعاملَ بها بطل الاصطلاحُ.

(٢) والفتوى على قول محمد كما في الخانيَّة والخُلاصة والفتاوى الصُّغرى والكبرى والحقائق عن المحيط والتَّتمَّة، وعزاه في الذَّخيرة إلى الصَّدر الشَّهيد. غنيمي.

(٣) أي: الاختلافُ بين أبي يوسف ومحمد في اعتبار القيمة يومَ القبض او الكسادِ، فرعٌ عن الاختلافِ فيمن غصب مثليَّاً فانقطع، فعند أبي يوسف: تجب القيمة يوم الغصب، وعند محمد: يوم الانقطاع. بناية بتصرف.

وَمَنِ اشترى شيئاً بِنِصفِ دِرهَمٍ فُلُوسٍ، جازَ وعليه ما يُباعُ بِنِصفِ دِرهَمٍ من الفُلُوسِ، وكذا إذا قال: بِدانِقٍ فلوسٍ، أو بِقِيراطٍ فلوسٍ جاز. ....

قال: (وَمَنِ اشترى شيئاً بِنِصفِ دِرهَمٍ فُلُوسٍ، جازَ وعليه[1] ما يُباعُ بِنِصفِ دِرهَمٍ من الفُلُوسِ، وكذا إذا قال: بِدانِقٍ فلوسٍ، أو بِقِيراطٍ فلوسٍ[2] جاز).

وقال زفر: لا يجوزُ في جميع ذلك؛ لأنَّه اشترى بالفلوس، وأنَّها تُقدَّر بالعدد، لا بالدَّانق ونصفِ الدِّرهمِ، فلا بدَّ من بيان عددها[3].

ونحن نقول: ما يُباع بالدَّانق ونصفِ الدِّرهم من الفلوسِ معلومٌ عند النَّاس، والكلامُ فيه، فأغنى عن بيان العدد.

ولو قال: «بدرهمٍ فُلوسٍ، أو بِدرهَمَي فُلوسٍ» فكذا عند أبي يوسف رَحَمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ ما يُباع بالدِّرهمِ من الفلوس معلومٌ، وهو المرادُ، لا وزنُ الدِّرهم من الفُلوس.

وعن محمد رَحَمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه لا يجوزُ بالدِّرهم، ويجوزُ فيما دون الدِّرهم؛ لأنَّ في العادة المُبايعَةَ بالفلوسِ فيما دونَ الدِّرهم، فصار معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدِّرهم.

قالوا: وقولُ أبي يوسف رَحَمَهُ ٱللَّهُ أصحُّ لا سيَّما في ديارنا[4].

---

(١) أي: وعلى المشتري أن يدفَعَ للبائع ثمَنَ السِّلعةِ مِقدارَ ما يُباع من الفلوس بنصف درهمٍ فضَّة.

(٢) الدَّانقُ سدسُ درهم، والقيراطُ نصف سدس.

(٣) أي: وذكرُ الدَّنقِ ونصفِ الدِّرهم لا يُغني عن بيان عددِ الفلوسِ التي وقع بها العقدُ، فبقي الثَّمنُ مجهولاً، وهو مانع عن الجواز.

(٤) أي: المدنُ التي وراءَ النَّهر، فإنَّهم يشترون الفلوسَ بالدَّراهم، ولأنَّ المدار هو العلمُ بما يُباع بالدَّرهم من الفلوس، مع وجوبِ الحَملِ عليه تصحيحاً للعلم بأنَّه المراد، ولا فرق في ذلك بين ما دون الدِّرهم والدَّراهم، فضلاً عن الدِّرهم. فتح.

ومَنْ أعطَى صَيْرَفِيَّاً دِرهماً وقال: «أعطِنِي بِنِصفِهِ فُلُوساً وبِنِصفِهِ نِصْفاً إلَّا حَبَّةً» جازَ البيعُ في الفُلُوسِ وبَطَلَ فيما بَقِيَ عندهما، وعلى قياسِ قَولِ أبي حنيفة بَطَلَ في الكلِّ، ولو قال: «أعطني نِصفَ درهمٍ فلوساً ونِصفاً إلَّا حبَّةً» جازَ.

قال: (ومَنْ أعطَى صَيْرَفِيَّاً دِرهماً وقال: «أعطِنِي بِنِصفِهِ فُلُوساً وبِنِصفِهِ نِصْفاً إلَّا حَبَّةً» جازَ البيعُ في الفُلُوسِ وبَطَلَ فيما بَقِيَ عندهما)؛ لأنَّ بيعَ نصفِ درهمٍ بالفلوسِ جائزٌ، وبيعَ النِّصفِ بنصفٍ إلَّا حبَّةً رباً، فلا يجوز.

(وعلى قياسِ قَولِ أبي حنيفة بَطَلَ في الكلِّ)؛ لأنَّ الصَّفقةَ مُتَّحدةٌ، والفسادَ قَوِيٌّ فيشيعُ، وقد مرَّ نظيره[1]، ولو كرَّرَ لفظَ الإعطاء[2] كان جوابُهُ كَجَوابِهما[3]، هو الصَّحيحُ لأنَّهما بيعان.

(ولو قال: «أعطني نِصفَ درهمٍ فلوساً ونِصفاً إلَّا حبَّةً» جازَ)؛ لأنَّه قابَلَ الدِّرهمَ بما يُباع من الفلوسِ بنصفِ درهمٍ وبنصف درهمٍ إلَّا حبَّةً، فيكون نصفُ درهمٍ إلَّا حبَّةً بمثلِهِ، وما وراءه بإزاء الفلوس.

قال رضي الله عنه: وفي أكثر نُسَخِ المُختَصَر[4] ذَكَرَ المسألة الثانية[5]، والله تعالى أعلم بالصَّواب.



---

(١) يعني: في باب البيع الفاسد، في مسألة الجمع بين العبد والحر إذا لم يُفصِّل الثَّمن. انظر ص (٩٧).

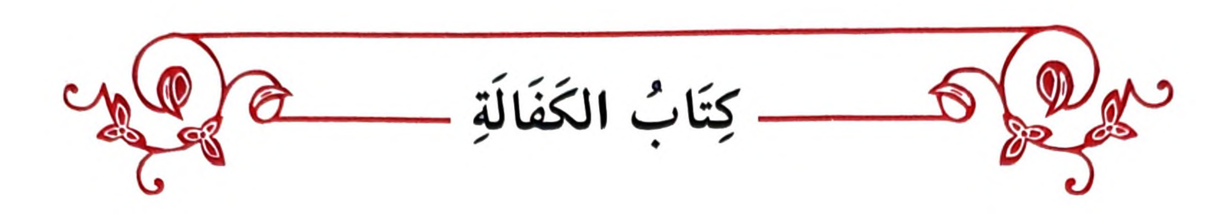
(٢) بأن قال: «أعطني بنصفه فلوساً، وأعطني بنصفه نِصفاً إلَّا حبَّة».

(٣) في أنَّ الفسادَ يخصُّ النِّصفَ الآخر.

(٤) أي: متن القدوري.

(٥) يعني: ولم يُذكر في أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى.

كتاب الكفالة



كِتَابُ الكَفَالَةِ

الكفالةُ ضَربانِ: كفالةٌ بالنَّفْسِ، وكفالةٌ بالمال. فالكفالةُ بالنَّفسِ جائزةٌ، والمَضمونُ بها إحضارُ المَكفولِ به. ....

(كتاب الكفالة)

الكفالة: هي الضَّمُّ لغةً، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عِمرَان: ٣٧]، ثمَّ قيل: هي ضَمُّ الذِّمَّةِ إلى الذِّمَّة في المُطالبةِ، وقيل: في الدَّين[١]. والأوَّلُ أصحُّ.

قال: (الكفالةُ ضَربانِ: كفالةٌ بالنَّفْسِ، وكفالةٌ بالمال).

أولاً: الكفالة بالنفس

(فالكفالةُ بالنَّفسِ جائزةٌ، والمَضمونُ بها إحضارُ المَكفولِ به).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]: لا يجوزُ لأنَّه كَفِلَ بما لا يَقدِرُ على تَسليمِهِ، إذْ لا قُدرةَ له على نفسِ المكفولِ به، بخلاف الكفالةِ بالمالِ؛ لأنَّ له ولايةً على مالِ نفسِهِ.

ولنا: قوله ﷺ: «الزَّعيمُ غارمٌ»[٣]، وهذا يفيدُ مشروعيَّةَ الكفالةِ بنوعيها، ولأنَّه يَقدِرُ على تسليمِهِ بطريقةٍ بأن يُعلِمَ الطَّالِبَ مكانَهُ، فَيُخلِّي بينه وبينه، أو يستعينُ

---

(١) أي: ضمُّ الذِّمَّة إلى الذِّمَّة في أصل الدَّين.

(٢) قال في مغني المحتاج (٢/ ٢٧٦) دار الفكر: فصل في كفالة البدن، وتسمَّى أيضا كفالة الوجه، (المَذهبُ صحَّةُ كفالةِ البدنِ) في الجملة؛ لأنَّه سيأتي منعها في حدود الله تعالى، وهي: التزامُ إحضارِ المكفول إلى المكفولِ له للحاجة إليها، وفي قولٍ لا تصحُّ؛ لأنَّ الحُرَّ لا يدخلُ تحتَ اليدِ ولا يَقدِرُ على تسليمِهِ. وقولُ الشَّافعيِّ: كفالةُ البدنِ ضعيفةٌ، أرادَ من جهةِ القياس. اهـ.

(٣) أخرج أحمد (٥/ ٢٦٧) (٢٢٦٥٠)، الترمذي - واللفظ له - في البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٥)، وأبو داود في الإجارة، باب: في تضمين العارية (٣٥٦٥) عن أبي أمامة قال: سمعتُ النَّبيَّ ﷺ يقول في الخُطبةِ عامَ حَجَّةِ الوداعِ: «العاريَّةُ مُؤدَّاةٌ، والزَّعيمُ غارِمٌ، والدَّينُ مَقضيٌّ».

وتَنعقِدُ إذا قال: «تَكَفَّلتُ بِنفسِ فلانٍ، أو بِرَقبَتِهِ، أو بِرُوحِهِ، أو بِجَسَدِهِ، أو بِرَأسِهِ»، وكذا بِبَدَنِهِ وبِوَجهِهِ، وكذا إذا قال: «ضَمِنتُهُ»، أو قال: «هو عَلَيَّ» أو قال: «إليَّ»، وكذا إذا قال: «أنا زَعِيمٌ به» أو «قَبِيلٌ به»، ....

بأعوانِ القاضي في ذلك، والحاجةُ ماسَّةٌ إليه، وقد أمكن تحقيقُ معنى الكفالةِ، وهو الضَّمُّ في المطالبة فيه.

قال: (وتَنعقِدُ إذا قال: «تَكَفَّلتُ بِنَفسِ فلانٍ، أو بِرَقبَتِهِ، أو بِرُوحِهِ، أو بِجَسَدِهِ، أو بِرَأسِهِ»، وكذا بِبَدَنِهِ وبِوَجهِهِ)؛ لأنَّ هذه الألفاظَ يُعبَّر بها عن البدنِ إمَّا حقيقةً أو عرفاً على ما مَرَّ في الطَّلاق[١].

وكذا إذا قال: «بِنِصفِهِ، أو بِثُلُثِهِ، أو بِجُزءٍ منه»؛ لأنَّ النَّفسَ الواحدةَ في حقِّ الكفالةِ لا تَتجزَّأُ، فكان ذِكرُ بَعضِها شائعاً كَذِكرِ كلِّها.

بخلاف ما إذا قال: «تكفَّلتُ بِيَدِ فلانٍ، أو بِرِجلِهِ»؛ لأنَّه لا يُعبَّرُ بهما عن البدن، حتَّى لا تصحُّ إضافةُ الطَّلاقِ إليهما، وفيما تقدَّمَ تصحُّ.

(وكذا إذا قال: «ضَمِنتُهُ»)؛ لأنَّه تصريحٌ بِمُوجَبِه، (أو قال: «هو عَلَيَّ»)؛ لأنَّه صيغةُ الالتزام، (أو قال: «إليَّ»)؛ لأنَّه في معنى «علَيَّ» في هذا المقام، قال ﷺ: «ومَنْ تَرَكَ مالاً فَلِورثتِهِ، ومَنْ تركَ كَلاً أو عِيالاً فإليَّ»[٢].

(وكذا إذا قال: «أنا زَعيمٌ به، أو قَبِيلٌ به»)؛ لأنَّ الزَّعامةَ هي الكفالةُ، وقد روينا فيه[٣]. ....

---

(١) من أنَّه لو قال: «نفسك طالق، أو بدنك طالق، أو جسدك طالق» فإنَّها تطلق، ولو قال: «يدك طالق، أو رجلك طالق» لم تطلق.

(٢) أخرج البخاري في الاستقراض واداء الديون، باب: الصلاة على من ترك دينا (٢٢٦٨)، ومسلم في الفرائض، باب: من ترك مالا فلورثته (١٦١٩) عن أبي هريرة ﷺ: عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَنْ تَرَكَ مالاً فَلِورثتِهِ، ومَنْ تَرَكَ كَلاً فإلينا».

(٣) أي: الحديث المتقدِّم، وهو قوله ﷺ: «الزَّعيم غارم»، انظر ص (٢١١).

فإنْ شَرَطَ في الكَفالةِ بِالنَّفسِ تَسلِيمَ المَكفُولِ بهِ في وَقْتٍ بِعَينِهِ، لَزِمَهُ إحضارُهُ إذا طالَبَهُ في ذلك الوَقتِ، فإنْ أحضَرَهُ، وإلَّا حبَسَهُ الحاكمُ، وكذا إذا ارتَدَّ - والعياذُ باللهِ - ولَحِقَ بِدارِ الحَربِ، وإذا أحضَرَهُ وسَلَّمَهُ في مكانٍ يَقدِرُ المَكفُولُ له أنْ يُخاصِمَهُ فيه، مِثلَ أن يكونَ في مِصرٍ، بَرِئَ الكفيلُ مِنَ الكَفالةِ. وإذا كَفَلَ على أن يُسَلِّمَهُ في مَجلِسِ القاضي، فَسَلَّمَهُ في السُّوقِ بَرِئَ، ....

والقَبيلُ هو الكفيلُ، ولهذا سُمِّي الصَّكُّ قَبالَةً، بخلاف ما إذا قال: «أنا ضامنٌ لِمَعرفتِهِ»؛ لأنَّه التزم المَعرِفةَ دونَ المُطالبةِ.

قال: (فإنْ شَرَطَ في الكَفالةِ بِالنَّفسِ تَسلِيمَ المَكفُولِ بهِ في وَقْتٍ بِعَينِهِ، لَزِمَهُ إحضارُهُ إذا طالَبَهُ في ذلك الوَقتِ) وَفاءً بما التزمه، (فإنْ أحضَرَهُ، وإلَّا حبَسَهُ الحاكمُ) لامتناعِهِ عن إيفاءِ حقٍّ مُستحَقٍّ عليه، ولكن لا يَحبِسُه أوَّلَ مرَّةٍ، لعلَّه ما دَرَى لِماذا يُدعَى.

ولو غاب المكفولُ بنفسِهِ، أمهَلَهُ الحاكمُ مدَّةَ ذهابِهِ ومَجيئِهِ، فإنْ مضَتْ ولم يُحضِرْه يَحبِسُهُ؛ لِتَحقُّقِ امتناعِهِ عن إيفاء الحقِّ.

قال: (وكذا إذا ارتَدَّ - والعياذُ باللهِ - ولَحِقَ بِدارِ الحَربِ)، وهذا لأنَّه عاجزٌ في المدَّة، فَيُنظَرُ كالذي أَعسَرَ. ولو سَلَّمه قبلَ ذلك بَرِئ؛ لأنَّ الأجلَ حقُّهُ، فَيملِكُ إسقاطَهُ كما في الدَّينِ المُؤجَّل.

قال: (وإذا أحضَرَهُ وسَلَّمَهُ في مكانٍ يَقدِرُ المَكفُولُ له أنْ يُخاصِمَهُ فيه، مِثلَ أن يكونَ في مِصرٍ، بَرِئَ الكفيلُ مِنَ الكَفالةِ)؛ لأنَّه أتى بما التزَمَه وحصَلَ المقصودُ به، وهذا لأنَّه ما التزَمَ التَّسليمَ إلَّا مرَّة.

قال: (وإذا كَفَلَ على أن يُسَلِّمَهُ في مَجلِسِ القاضي، فَسَلَّمَهُ في السُّوقِ بَرِئَ)؛ لِحُصولِ المقصودِ[1]. وقيل: في زمانِنا لا يبرأ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ المُعاوَنةُ على الامتناع

---

(١) وهو القدرة على المحاكمة.

وإنْ سَلَّمَهُ في بَرِّيَّةٍ لم يَبْرَأ. وإذا ماتَ المَكفُولُ به بَرِئَ الكَفيلُ بِالنَّفسِ مِنَ الكَفالةِ. ومَنْ كَفَلَ بِنَفسِ آخَرَ، ولم يقل: «إذا دفعتُ إليكَ فأنا بَريءٌ» فَدَفَعَه إليه فهو بَريءٌ.

لا على الإحضار، فكان التَّقييدُ مفيداً، (وإنْ سَلَّمَهُ في بَرِّيَّةٍ لم يَبْرَأ)؛ لأنَّه لا يَقدِر على المخاصمة فيها، فلم يَحصُل المقصودُ، وكذا إذا سَلَّمه في سوادٍ[1] لِعَدَم قاضٍ يَفصِلُ الحُكمَ فيه، ولو سَلَّم في مِصرٍ آخَرَ غيرِ المصرِ الذي كَفَل فيه، بَرِئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه. وعندهما: لا يَبرأُ لأنَّه قد تكون شُهودُهُ فيما عيَّنه.

ولو سَلَّمَه في السِّجنِ وقد حَبَسَه غيرُ الطَّالِبِ لا يَبرأُ؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على المُخاصمة فيه.

قال: (وإذا ماتَ المَكفُولُ به بَرِئَ الكَفيلُ بِالنَّفسِ مِنَ الكَفالةِ)؛ لأنَّه عَجَز عن إحضاره، ولأنَّه سَقَط الحُضورُ عن الأصيل فَيَسقُطُ الإحضارُ عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيلُ؛ لأنَّه لم يبقَ قادراً على تسليم المَكفولِ بنفسِهِ، ومالُهُ لا يَصلُحُ لإيفاءِ هذا الواجِبِ، بخلافِ الكفيلِ بالمال.

ولو ماتَ المَكفولُ له، فَلِلوصيِّ أنْ يُطالِبَ الكفيلَ، فإنْ لم يكن فَلِوارثِهِ لقيامه مَقامَ المَيِّت.

قال: (ومَنْ كَفَلَ بِنَفسِ آخَرَ، ولم يقل: «إذا دفعتُ إليكَ فأنا بَريءٌ» فَدَفَعَه إليه فهو بَريءٌ)؛ لأنَّه مُوجَبُ التَّصرُّف، فَيَثبُت بدون التَّنصيص عليه.

ولا يُشتَرط قَبولُ الطَّالبِ التَّسليمَ كما في قضاء الدَّين[2].

---

(١) المراد بالسَّواد القُرَى التي ليس فيها قُضاة.

(٢) يعني: إذا سَلَّم المديونُ الدَّينَ للدَّائن ولا مانعَ من القبض، بَرِئَ وإنْ لم يَقبِضه، كالغاصب إذا رَدَّ المغصوب على المالك يَبرأُ مع أنَّه جانٍ، فهاهنا أولى. فتح.

فإنْ تَكَفَّلَ بِنَفسِهِ على أَنَّهُ إنْ لم يُوافِ بِهِ إلى وَقتٍ كذا فهو ضامِنٌ لِما عليه، وهو ألفٌ، فلم يُحضِرْهُ إلى ذلك الوقتِ لَزِمَهُ ضمانُ المالِ، ولا يَبرأُ عنِ الكفالةِ بالنَّفسِ. ....

ولو سَلَّم المَكفولُ به نفسَهُ من كفالتِهِ[1] صَحَّ[2]؛ لأنَّه مطالَبٌ بالخصومة، فكان له وِلايةُ الدَّفعِ، وكذا إذا سَلَّمَه إليه وكيلُ الكفيلِ أو رسولُهُ لقيامهما مَقامَه.

قال: (فإنْ تكَفَّلَ بِنَفسِهِ على أنَّهُ إنْ لم يُوافِ بِهِ إلى وَقتِ كذا فهو ضامِنٌ لِما عليه، وهو ألفٌ، فلم يُحضِرْهُ إلى ذلك الوقتِ لَزِمَهُ ضمانُ المالِ)؛ لأنَّ الكفالةَ بالمالِ مُعلَّقَةٌ بِشَرطِ عَدَمِ المُوافاة، وهذا التَّعليقُ صحيحٌ، فإذا وُجِد الشَّرطُ لَزِمَه المال، (ولا يَبرأُ عنِ الكفالةِ بالنَّفسِ[3])؛ لأنَّ وجوبَ المالِ عليه بالكفالة لا ينافي الكفالةَ بنفسِهِ؛ إذْ كلٌّ واحدٍ منهما للتَّوثُّق.

وقال الشَّافعيُّ[4]: لا تصحُّ هذه الكفالةُ لأنَّه تعليقُ سببِ وُجوبِ المالِ بالخَطَر[5]، فأشبَهَ البيعَ.

ولنا: أنَّه يُشبِه البيعَ[6] ويُشبِهِ النَّذرَ[7] من حيث إنَّه التزام، فقلنا: لا يصحُّ تعليقُهُ بمُطلَقِ الشَّرطِ كَهُبوبِ الرِّيح ونحوه، ويصحُّ بشرطٍ مُتعارَفٍ، عمَلاً بالشَّبَهين، والتَّعليقُ بعَدَم الموافاةِ مُتعارَف.

---

(١) أي: من كفالة الكفيل، وذلك بأن يقول: سَلَّمتُ نفسي، أو دفعتُ نفسي إليكَ من كفالة فلان. فتح.

(٢) أي: فيبرأ الكفيلُ بذلك.

(٣) أي: لا تبطل الكفالةُ بالنَّفس عند أداء ما تكفَّلَ به من المال بعد وجود الشَّرط. عناية.

(٤) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٨/ ٢٣٠) دار الفكر: (و) الأصحُّ (أنَّه لو شَرَطَ في الكفالةِ أنَّه يَغرَمُ المالَ إن فاتَ التَّسليمُ)، كقوله: «كفلت بدنه بشرط الغُرمِ» أو «على أنِّي أغرم» (بَطَلَت)؛ لأنَّه شرطٌ ينافي مقتضاها بناءً على أنَّه يَغرَمُ عندَ الإطلاق، والثاني: يصحُّ بناء على مقابله. اهـ.

(٥) أي: بأمرٍ متردِّدٍ بين الوقوع وعدمه، وهو - في مسألتنا هذه - عدمُ الموافاة في الوقت المعيَّن.

(٦) أي: في الانتهاء، من حيثُ إنَّ الكفيل بالأمر يرجعُ على المكفول عنه بما أدَّى، فصار كالمعاوضة. فتح.

(٧) أي: ابتداءً من حيث إنَّه تبرُّعٌ في الابتداء بالتزام المال. فتح.

وَمَنْ كَفَلَ بِنَفسِ رَجلٍ وقال: «إنْ لم يُوافِ بهِ غداً فَعَلَيهِ المالُ»، فإنْ ماتَ المَكفولُ عنه ضَمِنَ المالَ. ومَنِ ادَّعَى على آخَرَ مائةَ دينارٍ، بَيَّنها أو لم يُبيِّنْها، حتَّى تكفَّلَ بنفسِهِ رجلٌ على أنَّه إنْ لم يُوافِ بهِ غداً فعليهِ المائةُ، فلم يُوافِ به غداً، فَعَلَيهِ المائةُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إنْ لم يُبيِّنْها حتَّى تكفَّل بهِ رجلٌ، ثمَّ ادَّعَى بعد ذلك، لم يُلتَفَتْ إلى دَعواهُ. ....

قال: (ومَنْ كَفَلَ بِنفسِ رَجلٍ وقال: «إنْ لم يُوافِ بهِ غداً فعَلَيهِ المالُ»، فإنْ ماتَ المَكفولُ عنه ضَمِنَ المالَ)؛ لِتَحقُّقِ الشَّرطِ، وهو عدَمُ المُوافاةِ.

قال: (ومَنِ ادَّعَى على آخَرَ مائةَ دينارٍ، بَيَّنها[1] أو لم يُبيِّنْها، حتَّى تَكفَّلَ بنفسِهِ رجلٌ على أنَّه إنْ لم يُوافِ بهِ غداً فَعلَيهِ المائةُ، فلم يُوافِ به غداً، فَعَلَيهِ المائةُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إنْ لم يُبيِّنْها حتَّى تكفَّل بِهِ رجلٌ، ثمَّ ادَّعَى بعد ذلك[2]، لم يُلتَفَتْ إلى دَعواهُ):

- لأنَّه[3] عَلَّق مالاً مُطلَقاً بِخَطرٍ؛ ألا يُرى أنَّه لم يَنسِبهُ إلى ما عليه، ولا تصحُّ الكفالةُ على هذا الوجهِ وإنْ بَيَّنَها[4].

- ولأنَّه لم تصحَّ الدَّعوى من غيرِ بيانٍ، فلا يجبُ إحضارُ النَّفسِ، وإذا لم يجب لا تصحُّ الكفالةُ بالنَّفسِ، فلا تصحُّ بالمال؛ لأنَّه بناءٌ عليه، بخلاف ما إذا بيَّن.

ولهما: أنَّ المالَ ذُكِر مُعرَّفاً، فَيَنصرِفُ إلى ما عليه، والعادةُ جَرَت بالإجمال في الدَّعاوَى، فتصحُّ الدَّعوى على اعتبار البيان، فإذا بيَّنَ التَحقَ البيانُ بأصلِ

---

(١) أي: بيَّنَ أنَّها جيِّدةٌ أو رديئةٌ، هنديَّةٌ أو مِصريَّة.

(٢) أي: ثمَّ ادَّعى بعد الكفالة مائةً موصوفةً بصفةٍ، لا تُسمَع دعواه. عناية.

(٣) أي: لأنَّ الكفيلَ علَّقَ في كفالتِهِ مالاً مُطلَقاً عن النِّسبة، حيث لم يَنسِبْه إلى ما عليه. عناية.

(٤) لاحتمال أنَّه لم يلتزمِ المالَ الذي هو على المُدَّعى عليه، بل التزم ما التَزَمَه على وجهِ الرِّشوةِ لِيَترُكَ المُدَّعى عليه في الحال. عناية.

ولا تَجوزُ الكَفالَةُ بالنَّفسِ في الحُدودِ والقِصاصِ عند أبي حنيفة، ولو سَمَحَتْ نَفسُهُ بِهِ يَصِحُّ بالإجماع، ....

الدَّعوى، فتبيَّنَ صحَّةُ الكفالة الأولى[1]، فيترتَّبُ عليها الثَّانية[2].

قال: (ولا تَجوزُ الكَفالَةُ بالنَّفسِ في الحُدودِ والقِصاصِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ) معناه: لا يُجبَرُ عليها[3] عنده، وقالا: يُجبَرُ[4] في حدِّ القذفِ؛ لأنَّ فيه حقَّ العبدِ، وفي القِصاصِ لأنَّه خالصُ حقِّ العبدِ، فَيَليقُ بهما الاستيثاقُ كما في التَّعزيرِ، بخلافِ الحدودِ الخالصةِ لله تعالى[5].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: قوله ﷺ: «لا كَفالَةَ في حدٍّ»[6] من غيرِ فَصلٍ، ولأنَّ مَبنى الكلِّ على الدَّرءِ، فلا يجبُ فيها الاستيثاقُ، بخلافِ سائرِ الحقوقِ؛ لأنَّها لا تندرئُ بالشُّبهاتِ، فَيَليقُ بها الاستيثاقُ، كما في التَّعزير[7].

(ولو سَمَحَتْ نَفسُهُ بِهِ يَصِحُّ بالإجماع)؛ لأنَّه أمكَنَ ترتيبُ مُوجَبِه عليه؛ لأنَّ تسليمَ النَّفسِ فيها واجبٌ، فَيُطالَب به الكفيلُ، فيتحقَّقُ الضَّمُّ[8].

---

(١) وهي الكفالةُ بالنَّفس.

(٢) وهي الكفالة بالمال.

(٣) أي: لا يُجبر من عليه الحدُّ أو القصاصُ على إعطاء الكفيل.

(٤) ومعنى الجَبرِ ليس أنَّه يُحبَس حتَّى يعطي الكفيلَ، بل يُلازِمُه لا يَدَعُه يدخل بيتَهُ إلَّا وهو معه، أو يَجلِسُ معه خارجَ البيت، أو يعطي كفيلاً. فتح.

(٥) كحَدِّ الزِّنا والشُّربِ، فإنَّه لا تجوزُ الكفالة وإن طابت نفسُ المُدَّعى عليه بإعطاء الكفيل، بعد الشَّهادة أو قبلها.

(٦) أخرج البيهقي في الصغرى، كتاب البيوع، باب: الشركة (٢١٩٨) عن عَمروِ بنِ شُعيب، عن أبيه، عن جدِّه مرفوعاً: «لا كفالةَ في حدٍّ»، وهذا إسنادٌ ضعيف.

(٧) واختار قولَ الإمامِ النَّسفيُّ والمحبوبيُّ وغيرهما. غنيمي.

(٨) أي: ضمُّ الذِّمَّة إلى الذِّمَّة في المطالبة. بناية.

ولا يُحبَسُ فيها حَتَّى يَشهَدَ شاهدانِ مَستُورانِ، أو شاهدٌ عَدْلٌ يَعرِفُهُ القاضي. والرَّهنُ والكَفالَةُ جائزانِ في الخَراجِ. ومَنْ أخَذَ مِنْ رَجلٍ كفيلاً بِنَفسِهِ، ثمَّ ذَهَبَ فَأَخَذَ منه كفيلاً آخَرَ، فهما كفيلان. ....

قال: (ولا يُحبَسُ فيها[1] حَتَّى يَشهَدَ شاهدانِ مَستُورانِ، أو شاهدٌ عَدْلٌ يَعرِفُهُ القاضي)؛ لأنَّ الحبسَ لِلتُّهمةِ هاهنا، والتُّهمةُ تَثبُتُ بأحدِ شَطري الشَّهادةِ: إمَّا العدد أو العدالة، بخلاف الحَبسِ في باب الأموالِ[2] لأنَّه أقصى عَقوبة فيه، فلا يَثبُتُ إلَّا بحجَّةٍ كاملةٍ.

وذُكِر في كتاب أدب القاضي أنَّ على قَولِهما لا يُحبَس في الحدود والقِصاص بِشهادةِ الواحدِ؛ لِحُصول الاستيثاق بالكفالة.

قال: (والرَّهنُ والكَفالَةُ جائزانِ في الخَراجِ)؛ لأنَّه دَينٌ مُطالَبٌ به، مُمكِنُ الاستيفاءِ، فَيُمكِنُ تَرتيبُ مُوجَبِ العقدِ عليه فيهما[3].

قال: (ومَنْ أخَذَ مِنْ رَجلٍ كفيلاً بِنَفسِهِ، ثمَّ ذَهَبَ فَأَخَذَ منه كفيلاً آخَرَ، فهما كفيلان)؛ لأنَّ مُوجَبَه التزامُ المُطالبةِ، وهي متعدِّدةٌ، والمقصودُ التَّوثُّقُ، وبالثَّانية يزدادُ التَّوثُّقُ، فلا يتنافيان.

---

(١) أي: في الحدود.

(٢) حيث لا يُحبس فيه بشهادةِ الواحد.

(٣) أي: كلٌّ من عَقدِ الكفالة وهو مُطالبةُ الكفيل، وعقدُ الرَّهن وهو الاستيفاءُ للخراج من الرَّهن، فصَحَّ كلٌّ من عقدِ الكفالةِ والرَّهن به.
وظهر بما قرَّرناه أنَّ قوله: «مطالَبٌ به مُمكِنُ الاستيفاء» لفٌّ ونشرٌ، فالمطالبةُ ترجع إلى الكفالة، والاستيفاءُ يَرجِعُ إلى الرَّهن. فتح.

وأمَّا الكفالةُ بالمالِ فَجائزةٌ، مَعلُوماً كان المَكفُولُ بِهِ أو مَجهولاً، إذا كان دَيناً صحيحاً مِثلَ أنْ يقولَ: «تكفَّلتُ عنه بألفٍ»، أو «بِما لَكَ عليه»، أو «بما يُدرِكُك في هذا البيعِ»، والمَكفولُ له بالخيار: إنْ شاءَ طالَبَ الذي عليه الأصلُ، وإن شاء طالَبَ كَفيلَهُ، ....

ثانياً: الكفالة بالمال

(وأمَّا الكفالةُ بالمالِ فَجائزةٌ، مَعلُوماً كان المَكفُولُ بِهِ أو مَجهولاً، إذا كان دَيناً صحيحاً[١] مِثلَ أنْ يقولَ: «تكفَّلتُ عنه بألفٍ، أو بِما لَكَ عليه، أو بما يُدرِكُك[٢] في هذا البيعِ»)؛ لأنَّ مَبنى الكَفالةِ على التَّوسُّعِ، فَيُتحَمَّلُ فيها الجَهالةُ، وعلى الكفالةِ بالدَّرَكِ[٣] إجماعٌ وكفى به حجَّة، وصار كما إذا كَفَل بِشَجَّة[٤] صحَّت الكفالةُ وإنِ احتملتِ السِّرايةَ والاقتصار.

وشَرَطَ أن يكونَ ديناً صحيحاً، ومُرادُهُ أن لا يكونَ بدَلَ الكتابةِ، وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال: (والمَكفولُ له بالخيار: إنْ شاءَ طالَبَ الذي عليه الأصلُ، وإن شاء طالَبَ كَفيلَهُ)؛ لأنَّ الكفالةَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إلى الذِّمَّة في المُطالبةِ، وذلك يقتضي قيامَ الأوَّلِ لا البراءةَ عنه، إلَّا إذا شَرَط فيه[٥] البراءةَ، فحينئذٍ تَنعقِدُ حوالةً اعتباراً للمعنى، كما أنَّ الحوالةَ بِشَرطِ أنْ لا يبرأَ بها المُحيلُ تكونُ كفالةً.

---

(١) وهو الذي لا يسقطُ إلَّا بالأداء أو الإبراء. احترز بذلك عن بدل الكتابة.

(٢) ويسمَّى هذا.

(٣) وهو المسمَّى بضمان الدَّرَك، وضمانُ الدَّرَك: أن يقول للمشتري: أنا ضامنٌ للثَّمن إن استَحَقَّ المَبيعَ أحدٌ، مع جواز أن يظهرَ استحقاقُ بعضِهِ أو كلِّه. فتح بتصرف.

(٤) أي: خطأً، فإنَّ العمدَ على تقدير السِّرايةِ يجبُ القِصاص إذا كانت بآلةٍ جارحةٍ، ولا كفالةَ بالقصاص، وإذا كانت خطأً ففي الكفالةِ بها جهالةُ المكفولِ به، فإنَّها إن سَرَتْ إلى النَّفسِ وجَبَ ديةُ النَّفسِ، وإلَّا فأرشُ الشَّجَّة، ومع ذلك صَحَّ. فتح.

(٥) أي: في عقد الكفالة.

ولو طالَبَ أحَدَهما لَهُ أنْ يُطالِبَ الآخَرَ، ولَهُ أنْ يُطالِبَهما. ويَجوزُ تَعلِيقُ الكفالةِ بِالشُّروطِ. ....

(ولو طالَبَ أحَدَهما لَهُ أنْ يُطالِبَ الآخَرَ، ولَهُ أنْ يُطالِبَهما)؛ لأنَّ مُقتضاه الضَّمُّ، بخلاف المالكِ إذا اختارَ تضمينَ أحدِ الغاصِبَينِ؛ لأنَّ اختيارَهُ أحَدَهُما يَتضمَّنُ التَّمليكَ منه، فلا يُمكِنُه التَّمليكُ من الثَّاني، أمَّا المطالبةُ بالكفالة لا تتضمَّنُ التَّمليكَ، فوَضُحَ الفرقُ.

قال: (ويَجوزُ تَعلِيقُ الكفالةِ بِالشُّروطِ)، مثل أن يقول: «ما بايعتَ فلاناً فعَلَيَّ»، أو «ما ذابَ لك عليه[1] فعَلَيَّ» أو «ما غَصبَكَ فعَلَيَّ».

والأصلُ فيه[2] قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، والإجماعُ مُنعقِدٌ على صحَّة ضمانِ الدَّرَك.

ثمَّ الأصلُ أنَّه يصحُّ تَعليقُها بِشَرطٍ مُلائم لها، مثلُ أن يكونَ شرطاً لوجوبِ الحقِّ، كقوله: «إذا استُحِقَّ المبيعُ»، أو لإمكانِ الاستيفاءِ مِثلُ قولِهِ: «إذا قَدِمَ زيدٌ» وهو مكفولٌ عنه، أو لِتَعذُّر الاستيفاء مِثلُ قولِهِ: «إذا غابَ عن البلدةِ»، وما ذُكِر من الشُّروط في معنى ما ذكرناه.

فأمَّا ما لا يصحُّ التَّعليقُ بِمُجرَّدِ الشَّرط، كقوله: «إنْ هَبَّتِ الرِّيحُ، أو جاءَ المطرُ»، وكذا[3] إذا جُعِل واحدٌ منهما أجلاً، إلَّا أنَّه تصحُّ الكفالةُ ويجبُ المالُ حالاً؛ لأنَّ الكفالةَ لمَّا صحَّ تَعليقُها بِالشَّرط لا تبطلُ بالشُّروط الفاسدةِ كالطَّلاق والعتاق.

---

(١) في المغرب: ذابَ لي عليه حقٌّ، أي: وجبَ، مستعارٌ مِن «ذوب الشَّحم»، وعليه فالمعنى: إن ذاب، أي: إن وجب لك عليه.

(٢) أي: في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة. بناية.

(٣) أي: وكذا لا يصحُّ.

فإنْ قالَ: «تكَفَّلتُ بما لكَ عليه» فَقامَتِ البَيِّنةُ بِألفٍ عليه، ضَمِنَهُ الكَفيلُ، وإنْ لم تَقُمِ البَيِّنةُ فالقَولُ قولُ الكفيلِ مع يَمينِهِ في مِقدارِ ما يَعترِفُ به، فإنِ اعترَفَ المَكفولُ عنه بِأكثَرَ من ذلكَ، لم يُصَدَّقْ على كَفيلِهِ، وَيُصَدَّقُ في حقِّ نفسِهِ. وتَجوزُ الكَفالةُ بِأمرِ المَكفولِ عنه وبِغيرِ أمرِهِ، فإنْ كَفَلَ بِأمرِهِ رَجَعَ بِما أدَّى عليه، وإنْ كَفَلَ بِغيرِ أَمرِهِ لم يَرجِعْ بما يُؤدِّيهِ. ....

(فإنْ قالَ: «تكَفَّلتُ بما لكَ عليه» فَقامَتِ البَيِّنةُ بِألفٍ عليه، ضَمِنَهُ الكَفيلُ)؛ لأنَّ الثَّابتَ بالبيِّنةِ كالثَّابتِ مُعايَنَةً، فيَتحقَّق ما عليه فيصحُّ الضَّمان به. (وإنْ لم تَقُمِ البَيِّنةُ فالقَولُ قولُ الكفيلِ مع يَمينِهِ في مِقدارِ ما يَعترِفُ به)؛ لأنَّه مُنكِرٌ للزِّيادة.

(فإنِ اعترَفَ المَكفولُ عنه بِأكثَرَ من ذلكَ[١]، لم يُصَدَّقْ على كَفيلِهِ)؛ لأنَّه إقرارٌ على الغيرِ، ولا ولايةَ له عليه، (وَيُصَدَّقُ في حقِّ نفسِهِ) لِولايتِهِ عليها.

قال: (وتَجوزُ الكَفالةُ بِأمرِ المَكفولِ عنه وبِغيرِ أمرِهِ)؛ لإطلاقِ ما روينا[٢]، ولأنَّه التزامُ المطالبةِ، وهو[٣] تصرُّفٌ في حقِّ نفسِهِ، وفيه نفعٌ لِلطَّالبِ ولا ضَرَرَ فيه على المَطلوبِ بِثُبوتِ الرُّجوع عليه، إذ هو[٤] عند أمرِهِ وقد رضي به.

(فإنْ كَفَلَ بِأمرِهِ رَجَعَ بِما أدَّى عليه)؛ لأنَّه قضى دينه بأمره، (وإنْ كَفَلَ بِغيرِ أَمرِهِ لم يَرجِعْ بما يُؤدِّيهِ)؛ لأنَّه مُتبرِّع بأدائه.

وقوله: «رجَعَ بما أدَّى» معناه: إذا أدَّى ما ضَمِنه، أمَّا إذا أدَّى خِلافَه رَجَع بما ضَمِن[٥]؛ ....

---

(١) أي: ممَّا اعترف به الكفيل.

(٢) وهو قوله ﷺ: «الزَّعيم غارمٌ»؛ فإنَّه أعمُّ مِن كونه بإذنٍ وبلا إذنٍ.

(٣) أي: هذا الالتزام.

(٤) أي: الرُّجوع على المطلوب لا يكون إلَّا بأمره، فإن أمر به يكون قد رضي به.

(٥) لا بما أدَّى، حتَّى لو كان الدَّين زُيوفاً، فأدَّى عنها جياداً، فإنَّما يرجعُ بالزُّيوف، أو كان الدَّينُ جِياداً فأدَّى عنها زيوفاً وتَجوَّزَ الطَّالبُ بها، فيرجع بالجياد. فتح.

وليس لِلكَفيلِ أنْ يُطالِبَ المَكفولَ عنه بالمالِ قبلَ أنْ يُؤدِّيَ عنه، فإنْ لُوزِمَ بالمال، كانَ له أنْ يُلازِمَ المَكفولَ عنه حتَّى يُخَلِّصَهُ، ....

لأنَّه[١] مَلَكَ الدَّين بالأداء، فنزل منزلة الطَّالب[٢]، كما إذا ملَكه بالهبةِ[٣] أو بالإرث[٤]، وكما إذا مَلَكه المحتالُ عليه[٥] بما ذكرنا في الحوالة[٦].

بخلاف المأمورِ بقضاءِ الدَّين حيثُ يرجعُ بما أدَّى؛ لأنَّه لم يجبْ عليه شيءٌ حتَّى يَملِكَ الدَّينَ بالأداء، وبخلافِ ما إذا صالَحَ الكفيلُ الطَّالبَ عن الألف على خمسمائة[٧]؛ لأنَّه إسقاطٌ، فصار كما إذا أبرأ الكفيلَ، فإنَّه لا يرجعُ الكفيل على المديون، كذا هنا.

قال: (وليس لِلكَفيلِ أنْ يُطالِبَ المَكفولَ عنه بالمالِ قبلَ أنْ يُؤدِّيَ عنه)؛ لأنَّه لا يَملِكُه قبلَ الأداء، بخلافِ الوكيلِ بالشِّراء حيثُ يَرجِعُ قبلَ الأداءِ؛ لأنَّه انعقَدَ بينهما مبادلةٌ حُكميَّةٌ.

قال: (فإنْ لُوزِمَ[٨] بالمال، كانَ له أنْ يُلازِمَ المَكفولَ عنه حتَّى يُخَلِّصَهُ)، وكذا

---

(١) أي: الكفيل.

(٢) أي: والطَّالبُ لم يكن له أن يُطالبه إلا بما في ذمَّته، فكذا مَن نُزِّل منزلَتَه. عناية.

(٣) وهو أن يَهَب المكفولُ له الدَّينَ الذي في ذِمَّةِ المكفولِ عنه لِلكَفيلِ، فإنَّ الكفيلَ يَملِكُه ويَرجِعُ على الأصيل بما ضمن. عناية.

(٤) وهو أن يموتَ المكفولُ له ويَرِثُه الكفيلُ، فإنَّه يَملِكُ الدَّين ويَرجِعُ بما ضَمِن لقيامه مَقامَ الطَّالب. عناية.

(٥) أي: وكما إذا مَلَك المحتالُ عليه الدَّينَ بالأداء إلى المحتال، بأنْ أحال المديونُ رجلاً على رجلٍ ليس له عليه دينٌ، فَقَبِلَ الحوالةَ وأدَّى، فإنَّه يَملِك الدَّينَ الذي على المُحيل فيرجعُ به لا بما أدَّى، حتَّى لو أدَّى عُروضاً أو دراهم عن الدَّنانير لا يَرجِعُ إلَّا بالدَّين كالكفيل، وكذا لو وَهَب المحتالُ الدَّين للمحالِ عليه أو تصدَّق به عليه أو وَرِثه المحتالُ عليه من المحتال. فتح.

(٦) قيل: يريد به حوالةَ كفايةِ المنتهي. عناية.

(٧) حيث يرجعُ بما أدَّى وهو الخمسمائة، لا بما ضَمِن وهو الألف.

(٨) أي: الكفيل.

وإذا أبرأ الطَّالِبُ المَكفولَ عنه، أو استَوْفَى منه بَرِئَ الكفيلُ، وإنْ أبرأ الكفيلَ لم يَبرأ الأصيلُ عنه، وكذا إذا أخَّرَ الطَّالبُ عنِ الأصيلِ، فهو تَأخيرٌ عن الكَفيلِ، ولو أخَّرَ عنِ الكَفيلِ لم يكنْ تأخيراً عن الذي عليه الأصلُ، فإنْ صالَحَ الكَفيلُ ربَّ المالِ عنِ الألْفِ على خَمسمائةٍ، فقد بَرِئَ الكفيلُ، والذي عليه الأصلُ. ....

إذا حُبِسَ كان له أن يَحبِسَه لأنَّه لَحِقَه ما لَحِقَه من جهته، فَيُعامِلُه بِمِثله.

(وإذا أبرأ الطَّالِبُ المَكفولَ عنه، أو استَوْفَى منه بَرِئَ الكفيلُ)؛ لأنَّ براءة الأصيلِ تُوجِب براءةَ الكفيلِ؛ لأنَّ الدَّينَ عليه في الصَّحيح.

(وإنْ أبرأ الكفيلَ لم يَبرأ الأصيلُ عنه)؛ لأنَّه تبَعٌ، ولأنَّ عليه[1] المُطالبَةَ وبقاءُ الدَّينِ على الأصيل بدونِهِ جائزٌ.

(وكذا إذا أخَّرَ الطَّالبُ عنِ الأصيلِ، فهو تَأخيرٌ عن الكَفيلِ، ولو أخَّرَ عنِ الكَفيلِ لم يكنْ تأخيراً عن الذي عليه الأصلُ)؛ لأنَّ التَّأخيرَ إبراءٌ مؤقَّتٌ، فَيُعتبرُ بالإبراءِ المُؤبَّد، بخلاف ما إذا كَفَل بالمالِ الحالِّ مُؤجَّلاً إلى شهر، فإنَّه يتأجَّلُ عن الأصيل؛ لأنَّه[2] لا حَقَّ له إلَّا الدَّين حالَ وُجودِ الكفالةِ، فصار الأجلُ داخلاً فيه، أما هاهنا فبخلافه.

قال: (فإنْ صالَحَ الكَفيلُ ربَّ المالِ عنِ الألْفِ على خَمسمائةٍ، فقد بَرِئَ الكفيلُ والذي عليه الأصلُ)؛ لأنَّه أضافَ الصُّلحَ إلى الألْفِ الدَّينِ، وهي على الأصيلِ، فَبَرِئَ عن خمسمائةٍ؛ لأنَّه إسقاطٌ، وبراءَتُهُ تُوجِب براءةَ الكفيلِ، ثُمَّ بَرِئا جميعاً عن خمسمائةٍ بأداءِ الكفيل، ويَرجِعُ الكفيلُ على الأصيل بخمسمائةٍ إنْ كانت الكفالةُ بأمرِهِ.

بخلاف ما إذا صالَحَ على جنسٍ آخَرَ؛ لأنَّه[3] مبادلةٌ حكميَّةٌ ....

---

(١) أي: على الكفيل.

(٢) أي: المكفول له.

(٣) أي: الصُّلحُ بجنس آخر.

ومَنْ قال لِكَفيلٍ ضَمِنَ لَهُ مالاً: «قد بَرِئتَ إليَّ مِن المالِ» رَجَعَ الكفيلُ على المَكفولِ عنه، وإنْ قال: «أبرأتُكَ» لم يَرجِعِ الكفيلُ على المَكفولِ عنه. ....

فمَلَكَه[1] فيرجِعُ بجميع الألف، ولو كان صالَحه عمَّا استوجَبَ بالكفالةِ[2] لا يبرأ الأصيلُ؛ لأنَّ هذا إبراءُ الكفيلِ عن المطالبة.

قال: (ومَنْ قال لِكَفيلٍ ضَمِنَ لَهُ مالاً: «قد بَرِئتَ إليَّ مِن المالِ» رَجَعَ الكفيلُ على المَكفولِ عنه)، معناه: بما ضَمِن له بأمره؛ لأنَّ البراءَة التي ابتداؤها من المطلوبِ وانتهاؤها إلى الطَّالب لا تكونُ إلَّا بالإيفاء، فيكون هذا إقراراً بالأداء فَيَرجِعُ.

(وإنْ قال: «أبرأتُكَ» لم يَرجِعِ الكفيلُ على المَكفولِ عنه[3])؛ لأنَّه براءةٌ لا تنتهي إلى غيره، وذلك[4] بالإسقاط، فلم يكن إقراراً بالإيفاء.

ولو قال: «بَرِئتَ» قال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: هو مِثلُ الثَّاني[5]؛ لأنَّه يَحتمِل البراءةَ بالأداءِ إليه والإبراءِ، فَيَثبُتُ الأدنى[6] إذْ لا يَرجِع الكفيلُ بالشَّكِّ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: هو مِثلُ الأوَّل؛ لأنَّه أقرَّ ببراءةٍ ابتداؤها من المَطلوبِ، وإليه الإيفاءُ دونَ الإبراءِ.

وقيل في جميع ما ذكرنا: إذا كان الطَّالبُ حاضراً يُرجَع في البيان إليه؛ لأنَّه هو المُجمِل.

---

(١) أي: ملك الكفيل الدَّينَ.
(٢) والذي استوجب بالكفالة هو المطالبة. بناية.
(٣) لكن لربِّ الدَّين أن يطلبَ مالَه من الأصيل. عناية.
(٤) أي: وهذا النوع من البراءة، وهي غيرُ المنتهيةِ إلى غير الكفيل، تفيد الإسقاط.
(٥) أي: قوله: «أبرأتك».
(٦) هو البراءةُ بالإبراء.

ولا يَجوزُ تَعليقُ البَراءةِ مِنَ الكفالةِ بالشَّرط. وكُلُّ حَقٍّ لا يُمكِنُ استيفاؤُهُ مِنَ الكفيلِ لا تَصِحُّ الكفالةُ بِهِ، كالحُدُودِ والقِصاصِ. وإذا تَكَفَّلَ عن المُشتري بالثَّمَنِ جازَ. وإنْ تَكَفَّلَ عن البائعِ بالمَبيعِ لم تَصِحَّ. ....

قال: (ولا يَجوزُ تَعليقُ البَراءةِ مِنَ الكفالةِ بالشَّرطِ)؛ لِما فيه من معنى التَّمليك، كما في سائر البَراءات. ويُروَى أنَّه يصحُّ[1]؛ لأنَّ عليه المُطالبةَ دونَ الدَّين في الصَّحيح، فكان إسقاطاً مَحضاً كالطَّلاق، ولهذا لا يرتدُّ الإبراءُ عن الكفيلِ بالرَّدِّ، بخلاف إبراءِ الأصيل.

قال: (وكُلُّ حَقٍّ لا يُمكِنُ[2] استيفاؤُهُ مِنَ الكفيلِ لا تَصِحُّ الكفالةُ بِهِ، كالحُدُودِ والقِصاصِ)، معناه: بنفس الحدِّ، لا بِنفسِ مَن عليه الحَدُّ[3]؛ لأنَّه يتعذَّرُ إيجابُهُ عليه، وهذا لأنَّ العقوبةَ لا تجري فيها النِّيابةُ.

قال: (وإذا تكَفَّلَ عن المُشتري بالثَّمَنِ جازَ)؛ لأنَّه دينٌ كسائر الدُّيون.

(وإنْ تَكَفَّلَ عن البائعِ بِالمَبيعِ[4] لم تَصِحَّ)؛ لأنَّه عينٌ مضمونٌ بِغَيرِه، وهو الثَّمنُ[5]، والكفالةُ بالأعيان المَضمونةِ وإنْ كانت تصحُّ عندنا خلافاً لِلشَّافعيِّ[6] رَحِمَهُ اللَّهُ، ....

---

(١) وهو الأوجه. فتح.

(٢) أي: لا يصحُّ؛ لأنَّ إمكانَ الضَّربِ أو حَزِّ الرَّقبةِ ليس بِمُنتفٍ لا محالةَ، لكنَّه لا يصحُّ شرعاً، وعبَّر عنه بعَدَم الإمكان مبالغةً في نَفْي الصِّحَّة. عناية.

(٣) فإنَّ الكفالة بمن عليه الحدُّ تجوز.

(٤) أي: قبل قبضه، بأن يقول الكفيل للمشتري: إن هلك المبيعُ فعليَّ قيمتُهُ.

(٥) كلُّ عينٍ تجبُ قيمتُها عند الهلاك فهي مضمونة بعينها، وكلُّ عين يجبُ ثمنُها عند الهلاك فهي مضمونةٌ بغيرها.

(٦) قال النووي في الروضة في «فصل في ضمان الأعيان» (٣/ ٤٧٨) الكتب العلمية، جاء فيه: ولو ضَمِن تسليمَ المبيعِ وهو بعدُ في يد البائع، جرى الخلافُ في الضَّمان، فإن صحَّحناه وتَلِف، انفسَخَ البيع، فإن لم يدفع المشتري الثَّمنَ، لم يُطالَب الضَّامنُ بشيء، وإن كان دفعه عاد الوجهان في أنَّ الضَّامنَ =

ومَنِ استأجَرَ دابَّةً للحَملِ عليها، فإنْ كانت بِعَينِها لا تَصِحُّ الكفالةُ بالحَملِ، وإنْ كانت بِغَيرِ عَينِها جازتِ الكفالةُ، ....

لكن بالأعيانِ المَضمونةِ بِنَفسِها[1]، كالَمبيعِ بيعاً فاسداً والمَقبوضِ على سَومِ الشِّراءِ والمَغصوبِ، لا بما كان مضموناً بغيره كالمَبيعِ[2] والمَرهونِ[3]، ولا بِما كان أمانةً كالوَديعةِ والمُستعار والمُستأجر ومالِ المُضارَبةِ والشَّركة.

ولو كفَلَ بِتَسليمِ المَبيعِ قبلَ القَبضِ[4]، أو بِتَسليمِ الرَّهنِ بعدَ القَبضِ[5] إلى الرَّاهنِ، أو بِتَسليمِ المُستأجَرِ إلى المُستأجِرِ، جازَ لأنَّه التزم فِعلاً واجباً[6].

قال: (ومَنِ استأجَرَ دابَّةً للحَملِ عليها، فإنْ كانت بِعَينِها[7] لا تَصِحُّ الكفالةُ بالحَملِ)؛ لأنَّه عاجزٌ عنه[8] (وإنْ كانت بِغَيرِ عَينِها جازتِ الكفالةُ)؛ لأنَّه يُمكِنُه الحملُ على دابَّةِ نفسِهِ، والحَملُ هو المُستَحَقُّ.

= هل يَغرَم؟ فإن غرَّمناه، فهل يَغرَم الثَّمن؟ أم أقَلَّ الأمرين من الثَّمن وقيمةِ المبيع؟ وجهان، أصحُّهما: أوَّلُهما. اهـ انظر البحث بتمامه لتكمل الفائدة.

(١) ويقال: لها مضمونةٌ بالمثل أو القيمة؛ لقيام المِثْل أو القيمةِ مَقامَها.

(٢) أي: قبل القبضِ، فإنَّه مضمون عند هلاكِهِ بالثَّمن.

(٣) فإنَّه مضمون عند هلاكه بالدَّين.

(٤) أي: قبل قبضِهِ وبعدَ نَقدِ الثَّمن.

(٥) أي: قبض الدَّين.

(٦) أي: لأنَّ الكفيل التزم فعلاً واجباً على الأصيل، وهو تسليمُ المبيعِ والمرهونِ والمستأجَرِ، فلو هلك المبيعُ أو الرَّهنُ أو المستأجَر، بطلت الكفالةُ ولم يكن على الكفيل شيءٌ؛ لأنَّه ما ضَمِن الثَّمَنَ في البيعِ ولا الدَّينَ في الرَّهن ولا الأجرةَ في الإجارة.

(٧) أي: آجَرَه أن يَحمِلَه على هذه الدَّابَّة.

(٨) أي: عن الفعلِ الواجبِ على الأصيل، وهو حَملُه على هذه الدَّابَّة؛ لأنَّه لا مِلكَ له في هذه الدَّابَّة لِيَحمِلَه عليها. فتح.

وكذا مَنِ استأجَرَ عبداً لِلخِدمةِ فَكَفَلَ له رَجلٌ بِخِدمتِهِ، فهو باطلٌ. ولا تَصِحُّ الكفالةُ إلَّا بِقَبُولِ المَكفولِ له في المَجلِسِ، إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي: أن يقولَ المريضُ لِوارِثِهِ: «تَكَفَّلْ عنِّي بما عليَّ مِنَ الدَّينِ» فكَفَلَ بِهِ مع غَيبةِ الغُرَماءِ، جازَ. ....

(وكذا مَنِ استأجَرَ عبداً لِلخِدمةِ فَكَفَلَ له رَجلٌ بِخِدمتِهِ، فهو باطلٌ)؛ لِما بيَّنَّا[١].

قال: (ولا تَصِحُّ الكفالةُ إلَّا بِقَبُولِ المَكفولِ له في المَجلِسِ)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَااللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُاللَّهُ آخراً: يجوزُ إذا بلَغَهُ الخبرُ فأجازَ، ولم يَشترِطْ في بعض النُّسخ الإجازةَ، والخِلافُ في الكفالةِ بالنَّفسِ والمالِ جميعاً.

له: أنَّه[٢] تصرُّفُ التزام، فَيستبدُّ به المُلتزِم، وهذا وجهُ هذه الرِّواية عنه. ووجهُ التَّوقُّف[٣] ما ذكرناه في الفُضوليِّ في النِّكاح.

ولهما: أنَّ فيه[٤] معنى التَّمليك، وهو تمليكُ المُطالَبةِ منه، فيقومُ بهما جميعاً، والموجودُ شَطرُهُ فلا يتوقَّفُ على ما وراءَ المجلسِ.

(إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي أن يقولَ المريضُ لِوارِثِهِ: «تكَفَّلْ عنِّي بما عليَّ مِنَ الدَّينِ» فكَفَلَ بِهِ مع غيبةِ الغُرَماءِ، جازَ)؛ لأنَّ ذلك وصيَّةٌ في الحقيقة، ولهذا تصحُّ وإن لم يُسمِّ المكفولَ لهم، ولهذا[٥] قالوا: إنَّما تصحُّ إذا كان له مالٌ، أو يقال[٦]: إنَّه[٧] قائمٌ مَقامَ الطَّالب لحاجتِهِ إليهِ، تَفريغاً لِذِمَّتهِ، وفيه نَفعُ الطَّالبِ، فصار كما إذا حَضَر بنفسِهِ.

---

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّه عاجز».

(٢) أي: عقدُ الكفالة.

(٣) يعني: وجه الرِّواية التي أجازت الكفالةَ عندَ غَيبةِ المكفولِ له موقوفةً على الإجازة.

(٤) أي: عقد الكفالة.

(٥) أي: ولأجل أنَّ ذاك وصيَّةٌ. بناية.

(٦) إشارةٌ إلى بيان وجهٍ آخر في صحَّة قولِ المريضِ لوارثِهِ: «تكفَّل عنِّي بما عليَّ من الديون». بناية.

(٧) أي: المريض.

وإذا ماتَ الرَّجلُ وعليهِ دُيونٌ ولم يَترُكْ شيئاً، فتَكَفَّلَ عنه رَجلٌ لِلغُرَماءِ، لم تَصِحَّ عند أبي حنيفة، وقالا: تصحُّ. ....

وإنَّما يصحُّ بهذا اللَّفظ، ولا يُشترطُ القَبولُ[1]؛ لأنَّه يُرادُ به التَّحقيقُ دونَ المُساومةِ ظاهراً في هذه الحالة، فصار كالأمر بالنِّكاح[2].

ولو قال المريضُ ذلك لأجنبيٍّ، اختَلَفَ المشايخُ فيه.

قال: (وإذا ماتَ الرَّجلُ وعليهِ دُيونٌ ولم يَترُكْ شيئاً، فتَكَفَّلَ عنه رَجلٌ لِلغُرُماءِ، لم تَصِحَّ عند أبي حنيفة، وقالا: تصحُّ)[3]؛ لأنَّه كَفَلَ بدينٍ ثابتٍ لأنَّه وَجَبَ لحقِّ الطَّالب، ولم يُوجَدِ المُسقِطُ[4]، ولهذا يبقى في حقِّ أحكامِ الآخرةِ، ولو تبرَّعَ به إنسانٌ يصحُّ، وكذا يبقى إذا كان به كفيلٌ أو مالٌ.

وله: أنَّه كفَلَ بدينٍ ساقطٍ[5]؛ لأنَّ الدَّينَ هو الفِعلُ حقيقةً، ولهذا يُوصَفُ بالوجوب، لكنَّه في الحكم مالٌ؛ لأنَّه يؤولُ إليه في المآل، وقد عَجَز بنفسِهِ وبِخَلَفِه، ففاتَ عاقبةُ الاستيفاءِ فيسقطُ ضرورةً.

---

(١) جواب سؤال تقديره: قولُه لوارثِهِ: «تكفَّلْ عنِّي بما عليَّ من الدَّين»، فقال وارثُهُ: «كفَلتُ»، لا يتمُّ إلَّا أن يقولَ المريضُ بعدَ ذلك: «قَبِلتُ» أو نحوه، كالبيع إذا قال: «بِعْني بكذا» فقال: «بعتك»، لا ينعقِدُ حتَّى يقول الآمِرُ: «قبلتُ».
أجاب المصنِّف بقوله: لا يُشترط القَبولُ من المريض بعد قَولِ الوارثِ: «تكفَّلت»؛ لأنَّ قولَهُ: «تكفَّلتُ» يُرادُ به تحقيقُ الكفالةِ لتخليص نفسِهِ.

(٢) أي: فيما لو قال: «زوِّجني بِنتَكَ»، فقال: «زوَّجتُكَها»، انعقَدَ وإن لم يقل: «قبِلتُ» حيث كان النِّكاحُ لا تجري فيه المساومة.

(٣) في اللباب: قال في التَّصحيح: واعتمد قولَ الإمامِ المحبوبيُّ والنَّسفيُّ وصدرُ الشَّريعةِ وأبو الفضل المَوصليُّ وغيرُهُم.

(٤) وهو الأداءُ أو الإبراءُ أو انفساخُ سببِ وُجوبِهِ.

(٥) أي: في حكمِ الدُّنيا، لا مطلقاً، والكفالةُ من أحكامِ الدُّنيا لأنَّها تَوثُّقٌ ليأخذه فيها لا في الآخرة، فلا يُتصوَّر لها وجودٌ بلا دَينٍ كذلك.

وَمَنْ كَفَلَ عن رجلٍ بألفٍ عليه بِأمرِهِ، فَقَضاهُ الألفَ قبلَ أنْ يُعطِيَهُ صاحبَ المالِ، فليس له أنْ يَرجِعَ فيها، وإنْ رَبِحَ الكفيلُ فيه فهو له لا يَتَصَدَّقُ به. ....

والتَّبرُّعُ[١] لا يَعتمِدُ قيامَ الدَّينِ[٢]. وإذا[٣] كان به كفيلٌ أو له مالٌ، فخَلَفُه أو الإفضاءُ إلى الأداء باقٍ[٤].

قال: (ومَنْ كَفَلَ عن رجلٍ بألفٍ عليه بِأمرِهِ، فَقَضاهُ[٥] الألفَ قبلَ أنْ يُعطِيَهُ صاحبَ المالِ، فليس له أنْ يَرجِعَ فيها)؛ لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ القابِضِ على احتمالِ قضائِهِ الدَّينَ، فلا يجوزُ المطالبةُ ما بقي هذا الاحتمالُ، كمَنْ عجَّلَ زكاتَهُ ودَفَعَها إلى السَّاعي، ولأنَّه ملَكَه بالقبضِ على ما نَذكُر[٦]، بخلاف ما إذا كان الدَّفعُ على وجهِ الرِّسالةِ[٧]؛ لأنَّه تمَحَضَّ أمانةً في يده.

(وإنْ رَبِحَ الكفيلُ فيه فهو له لا يَتَصَدَّقُ به)؛ لأنَّه ملَكَه حين قَبَضه، أمَّا إذا قَضَى الدَّينَ فظاهرٌ، وكذا إذا قضى المَطلوبُ[٨] بنفسِهِ وثبَتَ له حقُّ الاستردادِ؛ لأنَّه[٩] وجَبَ له على المكفولِ عنه مِثلُ ما وَجَب للطَّالب عليه[١٠]، إلَّا أنَّه أُخِّرت

---

(١) جوابٌ عمَّا قالا: ولو تبرَّع به إنسانٌ صحَّ. عناية.

(٢) فإنَّ مَن قال: «على فلانٍ ألفُ درهم، وأنا كفيل به» صحَّتِ الكفالةُ وعليه أداؤه وإن لم يُوجَد الدَّينُ أصلاً.

(٣) جواب عن قولهما: «وكذا يبقى إذا كان به كفيلٌ أو له مالٌ». عناية.

(٤) في العناية: على ما هو السَّماع، وعليه أكثر النُّسخ تنزل، وكأنَّه قال: الكفيل والمالُ إن لم يكونا خَلَفَين، فالإفضاءُ إلى الأداء بوجودهما باقٍ، بخلاف ما إذا عُدِما. انظر تمامه.

(٥) أي: قضى الرَّجلُ المكفولُ عنه الكفيلَ الألفَ التي كَفَل بها.

(٦) إشارة إلى قوله بعد قليل: أمَّا إذا قضى الدَّينَ فظاهر ...

(٧) يعني: يرجع الرَّجلُ على الرَّسولِ - الذي يقابله الكفيل في مسألتنا - بالمدفوع إليه.

(٨) أي: المكفولُ عنه.

(٩) أي: الكفيل.

(١٠) أي: مِثلُ ما وَجَب للمكفولِ له على الكفيل، وهو المطالبة.

ولو كانتِ الكفالةُ بِكُرِّ حِنطَةٍ، فَقَبَضَها الكفيلُ فَباعَها ورَبِحَ فيها، فالرِّبحُ له في الحُكمِ، وأحَبُّ إليَّ أنْ يَرُدَّهُ على الذي قَضاهُ الكُرَّ، ولا يَجِبُ عليه في الحُكمِ. ....

المطالبةُ إلى وقتِ الأداءِ، فَنُزِّل[1] منزلةَ الدَّينِ المُؤجَّل[2]، ولهذا[3] لو أبرأ الكفيلُ المَطلوبَ قبل أدائه يصحُّ، فكذا إذا قبَضَهُ يَملِكُه، إلَّا أنَّ فيه نوعَ خُبثٍ نُبيِّنه[4]، فلا يعملُ مع المِلك فيما لا يَتعيَّن، وقد قرَّرناه في البيوع[5].

(ولو كانتِ الكفالةُ بِكُرِّ حِنطَةٍ، فَقَبَضَها الكفيلُ فَباعَها ورَبِحَ فيها، فالرِّبحُ له في الحُكمِ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّه مَلَكَه. قال: (وأحَبُّ إليَّ أنْ يَرُدَّهُ على الذي قَضاهُ الكُرَّ، ولا يَجِبُ عليه في الحُكمِ) وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رواية الجامعِ الصَّغير، وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: هو له ولا يَردُّهُ على الذي قضاه، وهو روايةٌ عنه، وعنه: أنَّه يتصدَّق به.

لهما: أنَّه رِبحٌ في مِلكِه على الوجهِ الذي بيَّنَّاه، فَيسلمُ له.

وله: أنَّه تمكَّنَ الخَبثُ مع المِلكِ، إمَّا لأنَّه[6] بسبيلٍ من الاستردادِ، بأنْ يَقضِيَهُ بنفسِهِ، أو لأنَّه رضي به على اعتبارِ قَضاءِ الكفيلِ، فإذا قضاه بنفسِهِ لم يكنْ راضياً به، وهذا الخبثُ يَعمَلُ فيما يَتعيَّنُ، فيكون سبيلُهُ التَّصدُّقَ في روايةٍ، ويردُّهُ عليه في روايةٍ؛ لأنَّ الخبَثَ لِحقِّه[7]، وهذا أصحُّ لكنَّه استحبابٌ لا جَبْرٌ؛ لأنَّ الحَقَّ له.

---

(١) أي: نُزِّل ما للكفيل على الأصيل بمنزلة الدَّين المؤجَّل.

(٢) قال في العناية: نُزِّل هذا الدَّينُ المُؤجَّلُ مَنزلةَ دَينٍ مُؤجَّلٍ لم يكن بالكفالة، وفي ذلك إذا قَبَضَه مُعجَّلاً ملكه، فكذا هنا، هذا ما سَنَح لي، واللهُ أعلم بالصَّواب. اهـ.

(٣) أي: ولأجل تَنزيلِهِ منزلةَ الدَّين المؤجل. بناية.

(٤) أي: في مسألة الكفالة بالكرِّ الآتية.

(٥) في فصل أحكام البيع الفاسد، ص (٧٠).

(٦) أي: المكفول عنه.

(٧) لِحقِّ المكفول عنه لا لحقِّ الشَّرع. بناية.

وَمَنْ كَفَلَ عن رجلٍ بِألفٍ عليه بِأَمرِهِ، فَأَمَرَهُ الأصيلُ أن يَتعَيَّنَ عليه حريراً، ففَعَلَ، فالشِّراءُ للكفيلِ والرِّبحُ الذي رَبِحَهُ البائعُ فهو عليه. ....

قال: (ومَنْ كَفَلَ عن رجلٍ بِألفٍ عليه بِأمرِهِ، فَأَمَرَهُ الأصيلُ أن يَتعَيَّنَ عليه حريراً[1]، ففَعَلَ، فالشِّراءُ للكفيلِ والرِّبحُ الذي رَبِحَهُ البائعُ فهو عليه[2]).

ومعناه[3]: الأمرُ بِبَيعِ العِينَةِ، مِثلُ أن يَستقرِضَ من تاجرٍ عشَرَةً، فَيَتأَبَّى عليه[4]، ويبيعُ منه ثوباً يُساوي عشَرَةً بخمسةَ عشَرَ مَثَلاً، رَغبةً في نيلِ الزِّيادةِ، لِيَبيعَهُ المُستقرِضُ بعشَرَةٍ ويَتَحَمَّلَ عليه خمسة. سُمِّي به لِما فيه من الإعراض عن الدَّين إلى العَينِ، وهو مكروهٌ لِما فيه من الإعراضِ عن مَبَرَّةِ الإقراضِ مُطاوَعَةً لِمَذمومِ البُخلِ.

ثمَّ قيل: هذا ضمانٌ لِما يَخسَرُ المشتري نظراً إلى قوله: «علَيَّ»[5]، وهو فاسدٌ. وليس بتوكيل[6]. ....

---

(١) قال في الفتح: أي: أن يشتري له حريراً بطريق العِينَة، وهو أنْ يشتريَ له حريراً بِثَمنٍ هو أكثر من قيمتِهِ، لِيَبيعَه بأقلَّ من ذلك الثَّمنِ لِغَير البائعِ، ثمَّ يشتريه البائعُ من ذلك الغيرِ بالأقلِّ الذي اشتراه به، ويدفعُ ذلك الأقلَّ إلى بائعِهِ، فيدفَعُهُ بائعُهُ إلى المشتري المديونِ، فيَسلَمُ الثَّوبُ للبائع كما كان، ويستفيدُ الزِّيادةَ على ذلك الأقلِّ. وإنَّما وَسَّطا الثَّاني تَحرُّزاً عن شراءِ ما باع بأقلَّ مِمَّا باعَ قبل نَقدِ الثَّمن.

وأمَّا تفسيرُهُ بأن يَستقرِضَ فيأبى المُقرِض ... إلخ كما ذكره المصنف، فلا يصحُّ هنا، إذ ليس المرادُ من قوله: «تَعيَّن عليَّ حريراً» اِذهبْ فاستَقرِضْ، فإن لم يَرْضَ المُسؤولُ أن يُقرِضَك فاشتَرِ منه الحريرَ بأكثَرَ من قيمته، بل المقصودُ: اِذهبْ فاشتَرِ على هذا الوجه. اهـ بشيء من التصرف.

(٢) أي: والزِّيادةُ التي يخسرها يتحمَّلها الكفيل.

(٣) أي: معنى قوله: «أن يَتعيَّن عليه حريراً».

(٤) أي: يمتنع التاجر من الإقراض.

(٥) أي: كأنَّه أمرَهُ بالشِّراء لنفسِهِ فما خَسِر فعلَيَّ، وضمانُ الخُسران باطلٌ؛ لأنَّ الضَّمان لا يكونُ إلَّا بمضمونٍ، والخُسرانُ غيرُ مضمونٍ على أحد. فتح.

(٦) لأنَّه لم يقل: «تعيَّن لي»، بل قال: «تعيَّن عليَّ»، وهي ليست بوكالة.

ومَنْ كَفَلَ عن رجلٍ بِما ذابَ لَهُ عليهِ، أو بِما قُضِيَ لَهُ عليه، فَغابَ المَكفولُ عنه، فأقامَ المُدَّعي البَيِّنَةَ على الكفيلِ بأنَّ له على المَكفولِ عنه ألفَ درهمٍ، لم تُقبَلْ بَيِّنتُهُ. ومَنْ أقامَ البَيِّنَةَ أنَّ له على فُلانٍ كذا، وأنَّ هذا كفيلٌ عنهُ بِأَمرِهِ، فإنَّهُ يُقضَى به على الكفيلِ وعلى المكفولِ عنه، وإنْ كانتِ الكفالةُ بِغَيرِ أمرِهِ يُقضَى به على الكفيلِ خاصَّةً. ..

وقيل: هو توكيلٌ فاسدٌ؛ لأنَّ الحريرَ غيرُ متعيِّنٍ[١]، وكذا الثَّمنُ غيرُ متعيِّنٍ لِجَهالةِ ما زاد على الدَّين.

وكيفما كان[٢] فالشِّراءُ للمشتري، وهو الكفيلُ، والرِّبحُ - أي: الزِّيادة - عليه؛ لأنَّه العاقدُ.

قال: (ومَنْ كَفَلَ عن رجلٍ بما ذابَ لَهُ عليهِ، أو بِما قُضِيَ لَهُ عليه، فَغابَ المَكفولُ عنه، فأقامَ المُدَّعي البَيِّنَةَ على الكفيلِ بأنَّ له على المَكفولِ عنه ألفَ درهمٍ، لم تُقبَلْ بَيِّنتُهُ)؛ لأنَّ المكفولَ به مالٌ مَقضِيٌّ به[٣]، وهذا في لفظةِ القضاءِ ظاهرٌ، وكذا في الأخرى[٤] لأنَّ معنى «ذاب» تَقرَّر، وهو بالقضاءِ، أو مال يُقضى به، وهذا[٥] ماضٍ أريد به المُستأنَفُ، كقوله: «أطال اللهُ بقاءَكَ»، فالدَّعوى مُطلَقةٌ عن ذلك، فلا تصحُّ.

قال: (ومَنْ أقامَ البَيِّنَةَ أنَّ له على فُلانٍ كذا، وأنَّ هذا كفيلٌ عنهُ بِأَمرِهِ، فإنَّهُ يُقضَى به[٦] على الكفيلِ وعلى المكفولِ عنه، وإنْ كانتِ الكفالةُ بِغَيرِ أمرِهِ يُقضَى به على الكفيلِ خاصَّةً).

---

(١) لأنَّه أجناس مختلفة.

(٢) أي: سواء كان توكيلاً فاسداً أو ضماناً باطلاً، يكون الشِّراء للمشتري ...

(٣) والكفيلُ التزم مالاً يُقضى به في المستقبل، فما لم يُقضَ به لا يجبُ شيءٌ على الكفيل.

(٤) وهي لفظة «ذاب»، لأنَّه يستلزم القضاءَ.

(٥) أي: قوله: «ذاب»، وقوله: «قُضي»، كلٌّ منهما ماضٍ بمعنى المستقبل.

(٦) أي: بالمال الذي قامت عليه البيِّنة.

وَمَنْ باعَ داراً وكَفَلَ رَجلٌ عنه بِالدَّرَكِ، فهو تَسلِيمٌ، ....

وإنَّما تُقبَل[1] لأنَّ المكفولَ به مالٌ مُطلَقٌ[2]، بخلاف ما تقدَّم[3].

وإنَّما يَختلِفُ[4] بالأمر وعدمِهِ لأنَّهما[5] يتغايران:

- لأنَّ الكفالةَ بأمرٍ تبرُّعٌ ابتداءً ومُعاوَضَةٌ انتهاءً، وبِغَيرِ أمرٍ تَبرُّعٌ ابتداءً وانتهاءً، فَبِدعواه أحَدِهما لا يُقضَى له بالآخَرِ، وإذا قُضِي بها بالأمرِ ثبتَ أمرُهُ، وهو يَتضمَّنُ الإقرارَ بالمال، فَيَصيرُ مَقضيّاً عليه.

- والكفالةُ بغيرِ أمرِهِ لا تَمَسُّ جانِبَهُ؛ لأنَّه تَعتمِدُ صِحَّتُها قيامَ الدَّينِ في زعمِ الكفيل، فلا يَتعدَّى إليه.

- وفي الكفالةِ بأمرِهِ يرجعُ الكفيلُ بما أدَّى على الآمِرِ. وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: لا يرجعُ؛ لأنَّه لمَّا أنكرَ فقد ظَلَمَ في زَعمِهِ، فلا يَظلِمُ غيرَهُ. ونحن نقول: صار مُكذَّباً شرعاً، فبَطَل ما زَعَمَه.

قال: (وَمَنْ باعَ داراً وكَفَلَ رَجلٌ عنه بِالدَّرَكِ[6]، فهو تَسلِيمٌ[7])؛ لأن الكفالةَ لو كانت مَشروطةً في البيعِ فَتَمامُهُ بِقَبولِهِ، ثمَّ بالدَّعوى يَسعى في نَقضِ ما تَمَّ من جهتِهِ، وإنْ لم تكنْ مشروطةً فيه فالمرادُ بها إحكامُ البيعِ وتَرغيبُ المشتري فيه،

---

(١) أي: وإنَّما قُبِلت هذه البيِّنةُ ولم تقبل فيما قبلها.

(٢) أي: مطلق عن التَّوصيف بكونه مقضيّاً به، أو يُقضَى به، فكانتِ الدَّعوى مُطابِقةً للمُدَّعى به، فصحَّت وقُبِلت البيِّنةُ لابتنائها على دعوى صحيحةٍ.

(٣) أي: بخلاف المسألة المتقدِّمةِ، وهي قوله: «مَن كَفَل عن رجلٍ بما ذاب ...»؛ لأنَّ المكفولَ به هناك مال مقيَّد بكون وجوبه بعد الكفالة، ودعوى المدَّعي وقعت مطلقةً، ففسدت الدَّعوى لعدم المطابقة.

(٤) أي: حكمُ القاضي بالرُّجوع على الكفيل والمكفول عنه معاً، أو على الكفيل خاصة.

(٥) أي: الكفالة بالأمر والكفالةُ بغير الأمر.

(٦) تقدم بيان معنى الدَّرك، ص (٢١٩) ت (٣).

(٧) أي: تصديقٌ من الكفيل أنَّ المَبيعَ مِلكُ البائع، فلو ادَّعاه لنفسه لا تُسمَع دعواه.

ولَو شَهِدَ وخَتَمَ ولَمْ يَكفُلْ، لم يكنْ تَسلِيماً، وهو على دَعواهُ.

إذ لا يرغبُ فيه دونَ الكفالةِ، فَنُزِّلَ[1] منزلةَ الإقرارِ بملكِ البائعِ.

قال: (ولَو شَهِدَ وخَتَمَ ولَمْ يَكفُلْ، لم يكنْ تَسلِيماً، وهو على دَعواهُ)؛ لأنَّ الشَّهادةَ لا تكونُ مشروطةً في البيع، ولا هي بإقرارٍ بالمِلكِ؛ لأنَّ البيعَ مرَّةً يُوجَدُ من المالك وتارةً من غيره، ولعلَّه كتَبَ الشَّهادةَ لِيَحفَظَ الحادثةَ، بخلاف ما تقدَّم.

قالوا: إذا كتَبَ في الصَّك «باع وهو يَملِكُه» أو «بيعاً باتّاً نافذاً» وهو كتَبَ شَهِدَ بذلك، فهو تسليمٌ، إلَّا إذا كتَبَ الشَّهادةَ على إقرارِ المُتعاقِدَين[2].

---

(١) أي: عقدُ الكفالة.

(٢) فإنَّه ليس بتسليم، وإن كان المكتوب ممَّا يدلُّ على الصِّحَّة والنَّفاذ. بناية.

فصل في الضَّمان

ومَنْ باعَ لِرَجلٍ ثَوباً وضَمِنَ له الثَّمَنَ، أو مُضارِبٌ ضَمِنَ ثَمَنَ مَتاعِ رَبِّ المالِ، فالضَّمانُ باطِلٌ، وكذا رجلانِ باعا عبداً صَفْقَةً واحدةً، وضَمِنَ أحَدُهما لِصاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمنِ. ....

(فصل في الضَّمان[1])

قال: (ومَنْ باعَ لِرَجلٍ ثَوباً وضَمِنَ له الثَّمَنَ[2]، أو مُضارِبٌ ضَمِنَ ثَمَنَ مَتاعِ رَبِّ المالِ، فالضَّمانُ باطِلٌ)؛ لأنَّ الكفالةَ التزامُ المُطالبةِ، وهي إليهما[3]، فيصيرُ كلُّ واحدٍ منهما ضامناً لنفسِهِ، ولأنَّ المالَ أمانةٌ في أيديهما[4]، والضَّمانُ تَغييرٌ لِحُكمِ الشَّرعِ[5]، فَيُردُّ عليه[6]، كاشتراطِهِ على المُودَعِ والمُستعِيرِ[7].

(وكذا[8] رجلانِ باعا عبداً صَفْقَةً واحدةً، وضَمِنَ أحَدُهما لِصاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمنِ)؛ لأنَّه لو صحَّ الضَّمانُ مع الشَّركةِ يَصيرُ ضامِناً لنفسِهِ[9]، ولو صَحَّ

---

(١) الضَّمانُ هو الكفالةُ، لكن لمَّا كانت هذه المسائلُ مسائلَ الجامعِ الصَّغير، وذُكِرت فيه بلفظِ الضَّمان، أورَدَها مترجَمَةً بذلك.

(٢) اللامُ في «لرجل» لامُ المِلْك، أي: باع ثوباً هو لرجل بطريقِ الوَكالةِ عنه في بيعِهِ، وضَمِنَ الوكيلُ للرَّجل المالِكِ الثَّمنَ. فتح.

(٣) أي: إلى الوكيل والمضارب. والأمينُ لا يكون ضامناً.

(٤) أي: في يد الوكيل والمضارب، والأمينُ لا يكون ضميناً.

(٥) أي: كونُ الإنسان ضامناً لنفسه، وتضمينُ المؤتمن، تغييرٌ لحكم الشَّرع.

(٦) على الضَّامن.

(٧) أي: كاشتراط الضَّمان على المودَع والمستعير، فإنَّه لا ضمانَ عليهما شرعاً، فاشتراطُهُ يكون تغييراً للمشروع، فلا يجوز.

(٨) أي: وكذا لا يصحُّ الضَّمانُ.

(٩) لأنَّ كلَّ جزءٍ من الثَّمن مُشترَكٌ بينهما، فما يُستحَقُّ بنصيبِ أحدِهما فللآخَرُ أن يُشاركه فيه، فما يؤدِّيه الضَّامنُ للشَّريك يكون بينه وبين المضمونِ له، فكان له الرُّجوعُ بنصفِهِ على الشَّريك، فإذا رجع بطَلَ =

وَمَنْ ضَمِنَ عن آخَرَ خَرَاجَهُ ونَوائِبَهُ وقِسْمَتَهُ، فهو جائزٌ. ....

في نصيبِ صاحبِهِ خاصَّةً يؤدِّي إلى قسمةِ الدَّينِ قبلَ قبضِهِ، ولا يجوز ذلك[١]، بخلاف ما إذا باعا بِصَفقتَينِ لأنَّه لا شَرِكةَ؛ ألا ترى أنَّ للمشتري أن يَقبَلَ نصيبَ أَحَدِهِما ويَقبِضَ إذا نَقَدَ ثمنَ حصَّتِهِ وإنْ قَبِلَ الكلَّ[٢].

قال: (وَمَنْ ضَمِنَ عن آخَرَ خَرَاجَهُ ونَوائِبَهُ وقِسْمَتَهُ، فهو جائزٌ):

- أمَّا الخراجُ فقد ذكرناه[٣]، وهو يُخالِف الزَّكاةَ؛ لأنَّها مجرَّدُ فعلٍ[٤]، ولهذا لا تُؤدَّى بعد موتِهِ من تركتِهِ إلَّا بوصيَّةٍ.

- وأمَّا النَّوائبُ، فإنْ أريد بها ما يكونُ بحقٍّ، كَكَرْيِ النَّهر المُشتَرَكِ وأَجرِ الحارسِ والمُوظَّفِ لِتَجهيزِ الجيشِ وفِداءِ الأسارى وغَيرِها، جازتِ الكفالةُ بها على الاتِّفاق. وإن أريد بها ما ليس بحقٍّ، كالجِبايات في زمانِنا ففيه اختلافُ المشايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، ومِمَّن يَميلُ إلى الصِّحَّةِ الإمامُ عليٌّ البَزدويُّ.

- وأمَّا القِسمةُ فقد قيل: هي النَّوائبُ بِعَينِها، أو حِصَّةٌ منها، والرِّوايةُ بـ «أو»، وقيل: هي النَّائبةُ الموظَّفةُ الرَّاتبةُ.

= حكمُ الأداءِ في مِقدارِ ما وقعَ الرُّجوعُ فيه، ويصيرُ كأنَّه ما أدَّى إلَّا الباقي، فكان للضَّامنِ أن يرجعَ بنصفِ الباقي، ثُمَّ إلى أن لا يبقى شيءٌ أو يبقى الجزءُ الذي لا يتجزَّأ، فظهر لزومُ بُطلانِ الضَّمان من حيث صحَّ. فتح.

(١) لأنَّه في الذِّمَّة فلا يقبلُ القسمةَ لأنَّها إفراز، والإفرازُ لا يُتصوَّرُ إلَّا في عَينٍ خارجيَّة، والدَّينُ وصفٌ اعتباريٌّ. فتح بتصرف.

(٢) أي: وإن قبل المشتري الكلَّ بكلام واحد.

(٣) أي: قبلَ هذا الفصلِ بقوله: «والرَّهنُ والكفالةُ جائزان في الخراج»، ص (١٢٨).

(٤) وهو - أي: الفعل - تمليكُ طائفةٍ من مالِهِ مُقدَّرةٍ، لا دينٌ ثابتٌ في الذِّمَّة؛ لأنَّ الدَّين اسمٌ لمالٍ واجبٍ في الذِّمَّة يكونُ بدلاً عن مالٍ أتلفَهُ، أو قَرضٍ اقترَضَه، أو مَبيعٍ عقَدَ بيعَهُ، أو مَنفعَةٍ عقَدَ عليها، من بُضعِ امرأةٍ وهو المهرُ، أو استئجارِ عينٍ. والزَّكاةُ ليست كذلك، بل إيجابُ إخراجِ مالٍ ابتداءً بدلاً عن مال نفسِهِ، فليس بدينٍ حقيقيٍّ. فتح.

وَمَنْ قال لآخَرَ: «لكَ عليَّ مائةٌ إلى شهرٍ»، وقال المُقَرُّ له: «هي حالَّةٌ»، فالقولُ قولُ المُدَّعي. ومَن قال: «ضَمِنتُ لكَ عن فلانٍ مائةً إلى شهرٍ»، وقال: المُقَرُّ له: «هي حالَّةٌ» فالقولُ قولُ الضَّامنِ. ومَنِ اشترى جاريةً فكَفَلَ له رجلٌ بالدَّرَكِ، فاستُحِقَّتْ، لم يأخذِ الكَفيلَ حتَّى يُقضَى له بالثَّمنِ على البائعِ. ....

والمرادُ بالنَّوائبِ ما يَنوبُهُ غيرَ راتبٍ[1]، والحكمُ ما بيَّنَّاه[2].

(ومَنْ قال لآخَرَ: «لكَ عليَّ مائةٌ إلى شهرٍ»، وقال المُقَرُّ له: «هي حالَّةٌ»، فالقولُ قولُ المُدَّعي. ومَن قال: «ضَمِنتُ لكَ عن فلانٍ مائةً إلى شهرٍ»، وقال: المُقَرُّ له: «هي حالَّةٌ» فالقولُ قولُ الضَّامنِ).

ووجهُ الفرقِ: أنَّ المُقِرَّ أقرَّ بالدَّينِ، ثمَّ ادَّعى حقًّا لنفسِهِ، وهو تأخيرُ المُطالبَةِ إلى أجلٍ، وفي الكفالةِ ما أقرَّ بالدَّينِ؛ لأنَّه لا دَيْنَ عليه في الصَّحيحِ، وإنَّما أقرَّ بِمُجرَّدِ المُطالبَةِ بعد الشَّهرِ، ولأنَّ الأجلَ في الدُّيونِ عارِضٌ حتَّى لا يَثْبُتُ إلَّا بشرطٍ، فكان القولُ قولَ مَن أنكَرَ الشَّرطَ كما في الخيار، أمَّا الأجلُ في الكفالةِ فَنوعٌ منها، حتَّى يثبُتُ من غير شرطٍ، بأن كان مؤجَّلاً على الأصيل.

والشَّافعيُّ رَحَمَهُ ٱللَّهُ ألحَقَ الثاني بالأوَّل، وأبو يوسف رَحَمَهُ ٱللَّهُ فيما يُروى عنه ألحَقَ الأوَّلَ بالثَّاني[3]، والفرقُ قد أوضحناه.

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً فكَفَلَ له رجلٌ بالدَّرَكِ، فاستُحِقَّتْ، لم يأخذِ[4] الكَفيلَ حتَّى يُقضَى له بالثَّمنِ على البائعِ)؛ لأنَّ بِمُجرَّدِ الاستحقاقِ لا يَنتقِضُ البيعُ على ظاهرِ الرِّواية، ما لم يُقضَ له بالثَّمنِ على البائع، فلم يَجِبْ له على الأصيلِ ردُّ الثَّمن،

---

(١) أي: ما ينوب الشَّخصَ ممَّا هو غير متعارَفٍ ولا موظَّف. بناية.

(٢) يعني: جواز الكفالة فيما كان بحقٍّ بالاتِّفاق، واختلافُ المشايخ فيما كان بغير حقٍّ.

(٣) في البناية وغيرها من شروح الهداية: هكذا وقع في عامَّة النُّسخ، وليس بصحيح، بل الصَّحيحُ عكسُهُ، فإنَّ الشافعيَّ ألحق الأوَّل بالثاني، وأبا يوسف ألحق الثاني بالأوَّل. اهـ بناية.

(٤) فاعل «يأخذ» ضمير يرجع إلى «من»، والكفيلُ مفعول، يعني: لم يطالبه.

وَمَنِ اشترى عبداً، فَضَمِنَ له رجلٌ بالعُهدَةِ، فالضَّمانُ باطلٌ.

فلا يَجِبُ على الكفيل، بخلافِ القضاءِ بالحرِّيَّةِ؛ لأنَّ البيعَ يَبطُل بها لِعَدَم المَحلِّيَّة، فيرجعُ على البائعِ والكفيلِ.

وعن أبي يوسف: أنَّه يبطُلُ البيعُ بالاستحقاقِ، فعلى قياسِ قولِهِ يَرجعُ بِمُجرَّدِ الاستحقاقِ، وموضِعُهُ أوائلُ الزِّياداتِ في ترتيب الأصل[1].

قال: (وَمَنِ اشترى عبداً، فَضَمِنَ له رجلٌ بالعُهدَةِ، فالضَّمانُ باطلٌ)؛ لأنَّ هذه اللَّفظَةَ مُشتَبِهةٌ، قد تقعُ على الصَّكِّ القديم، وهو مِلكُ البائعِ، فلا يَصحُّ ضمانُهُ، وقد تَقعُ على العقدِ وعلى حُقوقِهِ وعلى الدَّرَكِ وعلى الخيارِ، ولكلٍّ ذلك وجهٌ، فتعذَّر العملُ بها. بخلافِ الدَّرَكِ؛ لأنَّه استُعمِل في ضمانِ الاستحقاقِ عرفاً.

ولو ضَمِنَ الخَلاصَ لا يصحُّ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه عبارةٌ عن تَخليصِ المَبيعِ وتَسليمِهِ لا محالةَ، وهو غيرُ قادرٍ عليه، وعندهما: هو بِمَنزلةِ الدَّرَكِ، وهو تسليمُ المَبيعِ أو قيمتِهِ، فيصحُّ[2].

---

(١) يريد ترتيبَ محمد، فإنَّه بدأ بباب المأذون. واحترز بـ«الأصل» عن ترتيبها الكائن الآن، فإنَّه ترتيب أبي عبد الله الزعفراني تلميذِ محمد بن الحسن، فإنَّه غيرُ ترتيبِ محمد على ما هي عليه الآن. وإنَّما سمَّاه محمدٌ بالزِّيادات لأنَّ أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف، فكان محمد يَجعَل ذلك البابَ من كلام أبي يوسف أصلاً، ثمَّ يزيد عليه تفريعاً تتميماً له. فتح.

(٢) أي: ضمان الخلاص.

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدَّينُ على اثنَينِ، وكُلٌّ واحدٍ منهما كَفيلٌ عن صاحِبِهِ، كما إذا اشتَرَيا عبداً بألفِ دِرْهَمٍ، وكَفَلَ كلٌّ واحدٍ منهما عن صاحِبِهِ، فما أدَّى أحَدُهُما لم يَرجِعْ على شَرِيكِهِ حتَّى يَزِيدَ ما يُؤدِّيهِ على النِّصفِ، فَيَرجِعُ بالزِّيادةِ. وإذا كَفَلَ رَجُلانِ عَنْ رَجلٍ بمالٍ، على أنَّ كلَّ واحدٍ منهما كَفيلٌ عن صاحِبِهِ، فكلُّ شيءٍ أدَّاهُ أحَدُهُما رَجَعَ على شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ، قليلاً كانَ أو كثيراً، ....

(باب كفالة الرجلين)

(وإذا كان الدَّينُ على اثنَينِ، وكُلٌّ واحدٍ منهما كَفيلٌ عن صاحِبِهِ، كما إذا اشتَرَيا عبداً بألفِ دِرْهَمٍ، وكَفَلَ كلٌّ واحدٍ منهما عن صاحِبِهِ، فما أدَّى أحَدُهُما لم يَرجِعْ على شَرِيكِهِ حتَّى يَزِيدَ ما يُؤدِّيهِ على النِّصفِ، فَيَرجِعُ بالزِّيادةِ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما في النِّصفِ أصيلٌ وفي النِّصفِ الآخَرِ كفيلٌ، ولا مُعارَضَةَ بين ما عليه بحقِّ الأصالةِ وبحقِّ الكفالةِ؛ لأنَّ الأوَّلَ دينٌ والثَّاني مُطالَبَةٌ، ثمَّ هو[1] تابعٌ للأوَّل فيَقعُ عن الأوَّلِ، وفي الزِّيادةِ لا مُعارَضَةَ فيقعُ عن الكفالةِ، ولأنَّه لو وقَعَ في النِّصفِ عن صاحبِهِ فيرجعُ عليه، فَلصاحبِهِ أن يرجعَ لأنَّ أداءَ نائبِهِ كأدائِهِ، فيؤدِّي إلى الدَّور.

(وإذا كَفَلَ رَجُلانِ عَنْ رَجلٍ بمالٍ، على أنَّ كلَّ واحدٍ منهما كَفيلٌ عن صاحِبِهِ، فكلُّ شيءٍ أدَّاهُ أحَدُهُما رَجَعَ على شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ، قليلاً كانَ أو كثيراً).

ومعنى المسألة في الصَّحيح: أن تكونَ الكفالةُ بالكُلِّ عن الأصيلِ، وبالكُلِّ عن الشَّريكِ، والمُطالَبَةُ مُتعدِّدةٌ، فَتَجتمعُ الكفالتانِ على ما مَرَّ[2]، ومُوجَبُهما التزامُ المُطالبَةِ، فَتَصحُّ الكفالةُ عن الكفيلِ، كما تَصحُّ الكفالةُ عن الأصيلِ، وكما تَصحُّ الحَوالةِ من المُحتالِ عليه.

---

(١) أي: الثاني، وهو المطالبة بالدَّين بالكفالة.

(٢) إشارة إلى أنَّ الكفالة للتَّوثُّق، وعند اجتماع الكفالتين يزداد التَّوثُّق. بناية.

وإنْ شاءَ رَجَعَ بالجميعِ على المَكفُولِ عنه، وإذا أبرأ رَبُّ المالِ أحَدَهُما، أخَذَ الآخَرَ بالجَميعِ. وإذا افتَرَقَ المُتفاوِضان: فَلأصحابِ الدُّيونِ أنْ يَأخُذُوا أيَّهما شاؤوا بِجَمِيعِ الدَّينِ، ولا يَرجِعُ أحَدُهما على صاحِبِهِ حتَّى يُؤدِّيَ أكثَرَ من النِّصفِ. ....

وإذا عُرِف هذا فما أدّاه أحَدُهما وقَعَ شائعاً عنهما؛ إذِ الكلُّ كفالةٌ، فلا ترجيحَ للبعضِ على البعضِ، بخلافِ ما تقدَّمَ[١]، فيرجعُ على شريكِهِ بنصفِهِ ولا يُؤدِّي إلى الدَّورِ؛ لأنَّ قضيَّتَه[٢] الاستواءُ[٣]، وقد حصَلَ برجوعِ أحَدِهما بنصفِ ما أدَّى، فلا يَنتقِضُ برجوعِ الآخَرِ عليه، بخلاف ما تقدَّم، ثُمَّ يَرجِعان على الأصيلِ؛ لأنَّهما أدَّيا عنه، أحَدُهما بنفسِهِ والآخَرُ بنائبِهِ.

(وإنْ شاءَ رَجَعَ بالجميعِ على المَكفُولِ عنه)؛ لأنَّه كفَلَ بجميعِ المالِ عنه بأمرِهِ.

قال: (وإذا أبرأ رَبُّ المالِ أحَدَهُما، أخَذَ الآخَرَ بالجميعِ)؛ لأنَّ إبراءَ الكفيلِ لا يُوجِبُ براءةَ الأصيلِ، فبقي المالُ كلُّه على الأصيلِ، والآخَرُ كفيلٌ عنه بكلِّه - على ما بيَّنَّاه[٤] - ولهذا يأخُذُه به.

قال: (وإذا افتَرَقَ المُتفاوِضان[٥]: فَلأصحابِ الدُّيونِ أنْ يَأخُذُوا أيَّهما شاؤوا بِجَمِيعِ الدَّينِ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبِهِ، على ما عُرِف في الشَّركةِ، (ولا يَرجِعُ أحَدُهما على صاحِبِهِ حتَّى يُؤدِّيَ أكثَرَ من النِّصفِ)؛ لِما مرَّ من الوجهين في كفالة الرَّجلين[٦].

---

(١) أي: في المسألة الأولى، حيث لا يرجع أحدهما على الآخر ما لم يزد على النصف، لأنَّ أداء النِّصف كان بحقِّ الأصالة، والنِّصف الآخر بحقِّ الكفالة.

(٢) أي: قضيَّة عقد الكفالة.

(٣) أي: الاستواء في العلَّة، وهي الكفالة.

(٤) أي: من قوله قبل أسطر: أن تكونَ الكفالةُ بالكُلِّ عن الأصيلِ، وبالكُلِّ عن الشَّريكِ. عناية.

(٥) والحالُ أنَّ عليهما دينٌ.

(٦) في مسألة أول الباب.

وإذا كُوتِبَ العَبدانِ كِتابةً واحِدَةً، وكُلُّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ عن صاحِبِهِ، فكُلُّ شيءٍ أدَّاهُ أحَدُهُما رَجَعَ على صاحِبِهِ بِنِصْفِهِ، ولو لم يُؤدِّيا شيئاً حتَّى أعتَقَ المَولَى أحَدَهُما، جازَ العِتقُ.

قال: (وإذا كُوتِبَ العَبدانِ كِتابةً واحِدَةً، وكُلُّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ عن صاحِبِهِ، فكُلُّ شَيءٍ أدَّاهُ أحَدُهُما رَجَعَ على صاحِبِهِ بِنِصْفِهِ).

ووجهُهُ: أنَّ هذا العقدَ جائزٌ استحساناً، وطريقُهُ: أنْ يُجعَلَ كلُّ واحدٍ منهما أصيلاً في حقِّ وُجوبِ الألفِ عليه، فيكونُ عِتقُهُما مُعلَّقاً بأدائِهِ، ويُجعَلُ كفيلاً بالألْفِ في حقِّ صاحِبِهِ، وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى، وإذا عُرِف ذلك، فما أدَّاه أحَدُهما رجَعَ بِنصفِهِ على صاحبِهِ لاستوائهما، ولو رَجَعَ بالكلِّ لا تتحقَّقُ المساواةُ.

قال: (ولو لم يُؤدِّيا شيئاً حتَّى أعتقَ المَولَى أحَدَهُما، جازَ العِتقُ)؛ لِمُصادَفتِهِ مِلكَهُ، وبَرِئَ عن النِّصف؛ لأنَّه ما رضي بالتزامِ المالِ إلَّا ليكونَ المالُ وسيلةً إلى العتق، وما بقي وسيلةً فَيَسقطُ، ويَبقى النِّصفُ على الآخَرِ؛ لأنَّ المالَ في الحقيقةِ مُقابَلٌ بِرقَبتِهما[١]، وإنَّما جُعِلَ على كلِّ واحدٍ منهما احتيالاً لِتَصحيحِ الضَّمانِ، وإذا جاءَ العتقُ استغنى عنه، فاعتُبِر مقابلاً بِرقَبَتِهما فلهذا يَتنصَّفُ، وللمولى أن يأخذَ بحصَّةِ الذي لم يَعتِقْ أيَّهما شاءَ، المُعتَقَ بالكفالةِ وصاحِبَهُ بالأصالةِ، وإنْ أخذَ الذي أُعتِق رجَعَ على صاحبِهِ بما يُؤدِّي؛ لأنَّه مؤدٍّ عنه بأمرِهِ، وإنْ أخَذَ الآخَرَ لم يرجعْ على المُعتَقِ بشيءٍ؛ لأنَّه أدَّى عن نفسه، والله أعلم.

---

(١) أي: فيكون موزَّعاً بينهما.

باب كفالة العبد وعنه

ومَنْ ضَمِنَ عن عَبدٍ مالاً لا يَجِبُ عليه حتَّى يَعتِقَ، ولم يُسمِّ حالاً ولا غيرَهُ، فهو حالٌّ. ومَنِ ادَّعَى على عَبدٍ مالاً وكَفَلَ له رَجلٌ بِنفسِهِ، فماتَ العبدُ بَرِئَ الكفيلُ. ....

(باب كفالة العبد وعنه)

(ومَنْ ضَمِنَ عن عَبدٍ مالاً لا يَجِبُ عليه حتَّى يَعتِقَ[1]، ولم يُسمِّ حالاً ولا غيرَهُ، فهو حالٌّ)؛ لأنَّ المالَ حالٌّ عليه لِوُجودِ السَّبب وقَبولِ الذِّمَّة، إلَّا أنَّه لا يُطالَبُ لِعُسرتِهِ، إذ جميعُ ما في يدِهِ مِلكُ المولى ولم يرضَ بتعَلُّقِه به، والكفيلُ غيرُ مُعسِرٍ، فصار كما إذا كَفَل عن غائبٍ أو مُفلَّس، بخلافِ الدَّينِ المُؤجَّلِ[2]؛ لأنَّه متأخِّر بِمُؤخِّر[3].

ثمَّ إذا أدَّى رجَعَ على العبدِ بعد العِتْقِ؛ لأنَّ الطَّالِبَ لا يَرجِعُ عليه إلَّا بعدَ العِتْقِ، فكذا الكفيلُ لقيامِهِ مقامه[4].

قال: (ومَنِ ادَّعَى على عَبدٍ مالاً وكَفَلَ له رَجلٌ بِنفسِهِ، فماتَ العبدُ بَرِئَ الكفيلُ) لِبَراءةِ الأصيلِ، كما إذا كان المكفولُ عنه بنفسِهِ حرّاً.

---

(١) قوله: «لا يجب عليه ...» صفةٌ لـ «مالاً».
ومثالُ المال الذي لا يجب على العبد حتَّى يعتق، كأن يُقرَّ باستهلاك مال فيكذِّبه المولى، أو يُقرِضه إنسان أو يبيعُهُ وهو محجور، فإنَّه لا يجب عليه إلا بعد عتقه، وكذا إذا أودع شيئاً فاستهلكه.

(٢) حيث يؤخذُ الكفيلُ به بعد الأجل.

(٣) يعني: أنَّ الدَّين المؤجَّل تأخَّر عن الأصيل بمؤخِّر - أي: بأمر يُوجِب التَّأخيرَ وهو التأجيل - لا بمانعٍ يمنعُ عن المُطالبةِ بعد وجوبِهِ حالاً، وقد التزم الكفيلُ ذلك، فلزمه مؤجَّلاً. عناية.

(٤) أي: لقيام الكفيل مقام الطَّالب في المطالبة.

فإنِ ادَّعى رَقَبَةَ العبدِ، فكَفَلَ بهِ رَجلٌ، فماتَ العبدُ، فَأقامَ المُدَّعِي البيِّنةَ أنَّهُ كانَ لَهُ، ضَمِنَ الكَفيلُ قِيمَتَهُ. وإذا كَفَلَ العبدُ عَنْ مَولاهُ بِأمرِهِ، فعَتَقَ فَأدَّاهُ، أو كان المَولَى كَفَلَ عنه فَأدَّاهُ بعد العِتْقِ، لم يَرجِعْ واحِدٌ منهما على صاحِبِهِ. ....

قال: (فإنِ ادَّعى رَقَبَةَ العبدِ، فكَفَلَ بهِ رَجلٌ[1]، فماتَ العبدُ، فَأقامَ المُدَّعِي البيِّنةَ أنَّهُ كانَ لَهُ، ضَمِنَ الكَفيلُ قِيمَتَهُ)؛ لأنَّ على المولى رَدَّها على وجهٍ يَخلُفُها قِيمَتُها، وقد التزَمَ الكفيلُ ذلك، وبعد الموتِ تبقى القيمةُ واجبةً على الأصيلِ، فكذا على الكفيل، بخلاف الأوَّل.

قال: (وإذا كَفَلَ العبدُ عَنْ مَولاهُ بِأمرِهِ، فعَتَقَ فَأدَّاهُ، أو كان المَولَى كَفَلَ عنه فَأدَّاهُ بعد العِتْقِ، لم يَرجِعْ واحِدٌ منهما على صاحِبِهِ)، وقال زفر: يرجع.

ومعنى الوجه الأول: أنْ لا يكونَ على العبدِ دينٌ حتَّى تصحَّ كفالَتُهُ بالمالِ عن المولى إذا كانَ بأمرِهِ[2]، أمَّا كفالتُهُ عن العبدِ فتصحُّ على كلِّ حال.

له: أنَّه تحقَّقَ المُوجِبُ للرُّجوع، وهو الكفالةُ بأمرِهِ، والمانعُ - وهو الرِّقُّ - قد زال.

ولنا: أنَّها وقعتْ غيرَ مُوجِبَةٍ للرُّجوعِ؛ لأنَّ المولى لا يَستوجِبُ على عبدِهِ ديناً، وكذا العبدُ على مولاه، فلا تَنقلِبُ مُوجِبةً أبداً، كمَنْ كفَلَ عن غيره بغير أمرِهِ فأجازه.

---

(١) المكفول عنه هنا المولى.

(٢) هذا لأنَّ الأصلَ أنَّ كفالةَ العبدِ لا تصحُّ مُطلَقاً؛ لأنَّ الكفالة إنَّما تصحُّ مِمَّن يصحُّ منه التَّبرُّع، فلذا لا تصحُّ من الصَّبيِّ غيرِ المأذون، غيرَ أنَّ أمرَ السَّيِّد له بها فكٌّ للحجر عنه، فيه فتصحُّ حتَّى تُباعُ رقبتُهُ في دَينِ الكفالة إذا كَفَلَ لغير السَّيِّد بإذنِ السَّيِّد.
فإذا كان على العبدِ دَينٌ لا يَملِكُ السَّيِّدُ ماليَّتَهَ؛ لِتعلُّقِ حقِّ الغرماءِ بها، فلا يعمَلُ أمرُهُ إيَّاهُ بالكفالة، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دَيْنٌ، فإنَّ لِمَولاهُ الحقَّ في ماليَّتِهِ، فيعمل إذنُهُ له في أن يكفَلَ عنه. فتح.

ولا تَجوزُ الكَفالةُ بِمالِ الكتابةِ، حُرٌّ تكَفَّلَ بهِ أو عَبدٌ.

قال: (ولا تَجوزُ الكَفالةُ بِمالِ الكتابةِ، حُرٌّ تكَفَّلَ بهِ أو عَبدٌ)؛ لأنَّه دينٌ ثَبَتَ مع المُنافي[1]، فلا يَظهُرُ في حقِّ صحَّةِ الكفالةِ، ولأنَّه لو عَجَّز نفسَهُ سقَطَ، ولا يُمكِنُ إثباتُهُ[2] على هذا الوجهِ في ذمَّةِ الكفيل، وإثباتُهُ مطلَقاً يُنافي معنى الضَّمِّ لأنَّ مِن شَرطِهِ الاتِّحادَ.

وبدَلُ السِّعايةِ كمالِ الكتابةِ في قولِ أبي حنيفة؛ لأنَّه كالمكاتَبِ عنده[3].

(١) وهو عبديَّتُهُ للسَّيِّد المُكاتِب؛ لأنَّه عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ، وذلك يقتضي نَفْيَ الدَّين للسَّيِّدِ على عبده، وإنْ ثبَتَ فإنَّما يثبُتُ على خلاف القياس بالنَّصِّ؛ لتَحقيقِ العِتْق لِتَشوُّفِ الشَّارع إليه، فيُقتَصر عليه. فتح.

(٢) أي: إثبات هذا الدَّين.

(٣) يعني: أنَّ الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز، فكذلك لا تجوز ببدل السِّعاية.

كتاب الحوالة

كِتَابُ الحوالة

وهي جائزةٌ بالدُّيونِ. وتَصِحُّ الحَوالَةُ بِرِضَا المُحِيلِ والمُحتالِ والمُحتالِ عليه، ...

(كتاب الحوالة[1])

قال: (وهي جائزةٌ بالدُّيونِ)، قال ﷺ: «مَن أُحيلَ على مَليءٍ فَليَتْبَع»[2]، ولأنَّه التزَمَ ما يَقدِرُ على تَسليمِهِ، فَتَصحُّ كالكفالةِ، وإنَّما اختصَّت بالدُّيونِ لأنَّها تُنبِئُ عن النَّقلِ والتَّحويلِ، والتَّحويلُ في الدَّينِ لا في العَينِ[3].

قال: (وتَصِحُّ الحَوالَةُ بِرِضَا المُحِيلِ والمُحتالِ والمُحتالِ عليه):

- أمَّا المحتالُ فلأنَّ الدَّينَ حقُّه، وهو الذي يَنتقِلُ بها[4]، والذِّمَمُ متفاوتةٌ فلا بدَّ من رضاه.

- وأمَّا المُحتالُ عليه فلأنَّه يَلزَمُه الدَّينُ، ولا لُزُومَ بدون التزامِهِ.

- وأمَّا المُحيلُ فالحَوالةُ تصحُّ بدون رضاه، ذكَرَهُ في الزِّيادات؛ لأنَّ التزامَ الدَّين

---

(١) الحوالة في اللغة: النَّقل، وحروفُها كيفما تركَّبت دارت على معنى النَّقل والزَّوال. وفي اصطلاح الفقهاء: تحويلُ الدَّين من ذمَّة الأصيل إلى ذمَّة المُحتال عليه على سبيل التَّوثُّق به. عناية.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٨/ ٢٦٢) (٨٥٨٢) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مُطلُ الغنيِّ ظُلمٌ، ومَن أُحيلَ على مَليءٍ فَليَتبَعْ».
وأخرج البخاري في الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة (٢١٦٦)، ومسلم في المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة (١٥٦٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «مُطلُ الغنيِّ ظُلمٌ، فإذا أُتبِعَ أحَدُكم على مَلِيءٍ فَليَتبَعْ».

(٣) معناه: أنَّ النَّقلَ الذي تضمَّنته الحوالة نقلٌ شرعيٌّ، وهو لا يُتصوَّر في الأعيان، بل المُتصوَّر فيها النَّقل الحسيُّ، فكانت الحوالةُ نقلَ الوصفِ الشَّرعيِّ، وهو الدَّين. فتح بتصرف.

(٤) أي: والدَّينُ هو الذي ينتقل بالحوالة.

وإذا تَمَّتِ الحَوالةُ بَرِئَ المُحيلُ مِنَ الدَّينِ بِالقَبولِ، ولا يَرجِعُ المُحتالُ على المُحيلِ إلَّا أنْ يَتْوَى حَقُّهُ، ....

من المُحتال عليه تصرُّفٌ في حقِّ نفسِهِ، وهو لا يَتضرَّرُ به، بل فيه نفعُهُ لأنَّه لا يَرجِعُ عليه إذا لم يكن بأمره.

قال: (وإذا تَمَّتِ الحَوالةُ بَرِئَ المُحيلُ مِنَ الدَّينِ بِالقَبولِ)، وقال زفر: لا يَبرأُ اعتباراً بالكفالةِ، إذ كلُّ واحدٍ منهما عقدُ توثُّق.

ولنا: أنَّ الحوالةَ للنَّقلِ لغة، ومنه حوالَةُ الغِراسِ[1]، والدَّينُ متى انتقل عن الذِّمَّة لا يبقى فيها.

أمَّا الكفالةُ فَللضَّمِّ، والأحكامُ الشَّرعيَّةُ على وِفاقِ المعاني اللُّغويَّة، والتَّوثُّقُ باختيارِ الأملأ[2] والأحسنِ في القضاءِ، وإنَّما يُجبَر على القبولُ إذا نَقَدَ المُحيلُ، لأنَّه يَحتمِل عودَ المُطالبةِ إليه بالتَّوى، فلم يكن مُتبرِّعاً.

قال: (ولا يَرجِعُ المُحتالُ على المُحيلِ إلَّا أنْ يَتْوَى حَقُّهُ)، وقال الشَّافعي رَحِمَهُ اللهُ[3]: لا يرجعُ وإن توى؛ لأنَّ البراءةَ حصَلَت مُطلَقَةً، فلا تعودُ إلَّا بسببٍ جديدٍ.

---

(١) جمع «غَرْس».

(٢) أي: الأقدر على الإيفاء.

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ٤٦٦) الكتب العلمية: الحوالةُ إذا جرت بشروطها، بَرِئ المحيلُ من دَينِ المُحتال، وتحوَّل الحَقُّ إلى ذمَّة المحالِ عليه، وبرئ المحالُ عليه من دَينِ المُحيل. حتَّى لو أفلس المحالُ عليه ومات، أو لم يمت، أو جحَدَ وحَلَفَ، لم يكن للمحتال الرُّجوعُ إلى المُحيل، كما لو أخذ عِوَضاً عن الدَّينِ ثمَّ تَلِفَ في يده.
فلو شرط في الحوالة الرُّجوعَ بتقديرِ الإفلاس، أو الجحودِ، فهل تصحُّ الحوالةُ والشَّرطُ، أم الحوالةُ فقط؟ أم لا يَصحَّان؟ فيه أوجه، هذا إذا طرأ الإفلاسُ، فلو كان مُفلَّساً حال الحوالةِ، فالصَّحيحُ المنصوصُ الذي عليه جمهورُ الأصحاب: أنَّه لا خيار للمحتال، سواءٌ شرَطَ يساره، أم أطلق.

والتَّوى عند أبي حنيفة أحَدُ الأمرين: إمَّا أن يَجْحَدَ الحَوالَةَ ويَحلِفَ ولا بَيِّنَةَ له عليه، أو يَموتَ مُفَلَّساً. وقالا: هذانِ الوَجهانِ، ووَجهٌ ثالثٌ، وهو أنْ يَحكُمَ الحاكِمُ بإفلاسِهِ حالَ حَياتِهِ. وإذا طالَبَ المُحتالُ عليه المُحِيلَ بِمِثْلِ مالِ الحَوالةِ، فقال المُحيلُ: «أحَلْتُ بِدَينٍ لي عليكَ» لم يُقبَلْ قولُهُ إلَّا بحُجَّةٍ، وكانَ عليهِ مِثلُ الدَّينِ. وإذا طالَبَ المُحيلُ المُحتالَ بِما أحالَهُ به، فقال: «إنَّما أحلتُكَ لِتَقبِضَهُ لي»، وقال المُحتالُ: «لا بل أحَلْتَنِي بِدَينٍ كان لي عليكَ»، فالقَولُ قَولُ المُحيلِ. ....

ولنا: أنَّها مقيَّدةٌ بسلامةِ حقِّهِ له، إذ هو المقصودُ، أو تَنفسِخُ الحوالةُ لفواتِهِ؛ لأنَّه قابلٌ للفَسخِ، فصارَ[1] كوَصفِ السَّلامةِ في المبيع.

قال: (والتَّوى عند أبي حنيفة أحَدُ الأمرين: إمَّا أن يَجْحَدَ الحَوالَةَ ويَحلِفَ ولا بَيِّنَةَ له عليه، أو يَموتَ مُفَلَّساً)؛ لأنَّ العجزَ عن الوصولِ يَتحقَّقُ بكلٍّ واحدٍ منهما، وهو التَّوى في الحقيقة.

(وقالا: هذانِ الوَجهانِ، ووَجهٌ ثالثٌ، وهو أنْ يَحكُمَ الحاكِمُ بإفلاسِهِ حالَ حَياتِهِ)، وهذا بناءً على أنَّ الإفلاسَ لا يتحقَّقُ بحكمِ القاضي عنده، خلافاً لهما، لأنَّ مالَ اللهِ غادٍ ورائحٌ.

قال: (وإذا طالَبَ المُحتالُ عليه المُحِيلَ بِمِثْلِ مالِ الحَوالةِ، فقال المُحيلُ: «أحَلْتُ بِدَينٍ لي عليكَ» لم يُقبَلْ قولُهُ إلَّا بحُجَّةٍ، وكانَ عليهِ مِثلُ الدَّينِ)؛ لأنَّ سببَ الرُّجوعِ قد تحقَّقَ، وهو قضاءُ دَينِهِ بأمرِهِ، إلَّا أنَّ المُحيلَ يَدَّعي عليه ديناً وهو يُنكِرُ، والقولُ قولُ المُنكِرِ، ولا تكونُ الحوالةُ إقراراً منه بالدَّين عليه؛ لأنَّها قد تكونُ بدونِهِ.

قال: (وإذا طالَبَ المُحيلُ المُحتالَ بِما أحالَهُ به، فقال: «إنَّما أحلتُكَ لِتَقبِضَهُ لي»، وقال المُحتالُ: «لا بل أحَلْتَنِي بِدَينٍ كان لي عليكَ»، فالقَولُ قَولُ المُحيلِ)

---

(١) أي: وصفُ سلامةِ حقِّه.

ومَنْ أودَعَ رجلا ألفَ دِرهَمٍ، وأحالَ بها عليه آخَرَ، فهو جائزٌ لأنَّهُ أقدَرُ على القضاءِ، فإنْ هَلَكَتْ بَرِئَ. ....

لأنَّ المُحتالَ يَدَّعي عليه الدَّينَ، وهو يُنكِرُ، ولفظةُ الحوالةِ مُستعمَلَةٌ في الوَكالةِ، فيكونُ القولُ قولَهُ مع يَمينِهِ.

قال: (ومَنْ أودَعَ رجلا ألفَ دِرهَمٍ، وأحالَ بها عليه آخَرَ، فهو جائزٌ لأنَّهُ أقدَرُ على القضاءِ، فإنْ هَلَكَتْ بَرِئَ)؛ لِتقيُّدِها بها[1]، فإنَّه ما التزَمَ الأداءَ إلَّا منها، بخلافِ ما إذا كانتْ مقيَّدةً بالمَغصوبِ[2]؛ لأنَّ الفواتَ إلى خَلَفٍ كلا فَوات. وقد تكونُ الحوالةُ مقيَّدَةً بالدَّينِ أيضاً[3].

وحكمُ المُقيَّدةِ في هذه الجملةِ[4] أنْ لا يَملِكَ المُحيلُ مُطالبَةَ المُحتالِ عليه؛ لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ المُحتالِ على مثالِ الرَّهنِ[5]، وإن كان[6] أسوةً للغُرَماءِ بعدَ موتِ المُحيلِ[7]، وهذا[8] لأنَّه لو بقي له مُطالبَتُهُ فيأخذُهُ منه لَبَطَلَتِ الحوالةُ، وهي حقُّ المحتالِ.

---

(١) أي: لتقيُّدِ الحوالة بالألف الوديعة.

(٢) أي: بالمغصوب المعيَّن، حيث لا تبطل بهلاكه، بل تبقى الحوالةُ متعلِّقةً بمثله أو بقيمته، إذ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب المثلَ أو القيمة. بناية.

(٣) وذلك بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه. والحاصلُ: أنَّ الحوالة كما تكون مقيَّدةً بالعين كالوديعة والغصب، تكون مقيَّدةً بالدَّينِ مثل ثمن المبيع. بناية بزيادة.

(٤) يعني: حكم الحوالة المقيَّدة بنوعيها، المقيدة بالعين والمقيَّدة بالدَّين.

(٥) فإنَّ الرَّاهن بعدما رَهَن العينَ لم يَبْقَ له حقُّ الأخذِ من يدِ المُرتهِنِ؛ لئلا يبطلَ حقُّ المُرتهِن. عناية.

(٦) أي: المحتال.

(٧) لمَّا كان تشبيهُ المُصنِّف بالرَّهن يتبادر أنَّه لو هلك المُحيلُ وعليه دينٌ آخَرُ غيرَ دينِ المُحتال، ينبغي أن يختَصَّ المُحتالُ بذلك الدَّينِ الذي أحيل به أو العين، وليس كذلك، بيَّنه المصنِّف فقال: «وإن كان أسوةً للغرماء ...». فتح.

(٨) إشارةٌ إلى قوله: «أن لا يَملِكَ المحيل ...».

ويُكرَهُ السَّفاتِجُ، وهي: قرضٌ استفادَ به المُقرِضُ سُقوطَ خَطَرِ الطَّريقِ.

بخلافِ المُطلَقةِ[1]؛ لأنَّه لا تَعلُّقَ لحقِّهِ به، بل بذمَّتِهِ، فلا تبطُلُ الحوالةُ بأخذِ ما عليه أو ما عنده.

قال: (ويُكرَهُ السَّفاتِجُ[2]، وهي: قرضٌ استفادَ به المُقرِضُ سُقوطَ خَطَرِ الطَّريقِ)، وهذا نوعُ نَفعٍ استُفيدَ به، وقد «نهى رسولُ الله ﷺ عن قَرضٍ جرَّ نفعاً»[3].



(١) أي: بخلاف الحوالة المُطلَقةِ، أي: غير المقيَّدة بالعين أو بالدَّين.

(٢) «السَّفاتج» جمع «سُفتَجة» بضم السين وفتح التاء فارسي معرب، أصلُهُ «سفته» يقال للشَّيء المُحكَم، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره.
وصورته: أنْ يَدفَعَ في بلدةٍ إلى مسافرٍ قَرْضاً لِيَدفعَهُ إلى صديقِهِ أو وكيلِهِ مثلاً في بلدةٍ أخرى؛ لِيَستفيدَ به أمرَ خَطَرِ الطَّريق.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ٦٠): روى الحارثُ بن أبي أسامة في مسنده عن عليٍّ قال: قال رسول الله ﷺ: «كلُّ قَرضٍ جرَّ منفعةً فهو ربا»، وهو مُضعَّفٌ بسوارِ بن مصعب، قال عبد الحق: متروك، وكذا قال غيره.
وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سَمُرة قال: قال رسول الله ﷺ: «السَّفتَجاتُ حرامٌ»، وأعلَّه بِعَمرو بنِ موسى بن وجيه ضعَّفه البخاريُّ والنَّسائيُّ وابنُ مَعين، وذكره ابن الجوزي في الموضوعات.
وأحسَنُ ما هنا ما عن الصَّحابةِ والسَّلفِ ما رواه ابن أبي شيبة في مصنَّفِه: عن عطاء قال: «كانوا يَكرَهون كلَّ قَرضٍ جَرَّ منفعةً». اهـ بتصرف.

كتاب أدب القاضي

كِتَابُ أدب القاضي

ولا تَصِحُّ وِلايةُ القاضي حتَّى يَجتَمِعَ في المُولَّى شَرائطُ الشَّهادةِ، ويَكونَ مِنْ أهلِ الاجتهادِ. ....

(كتاب أدب القاضي)

قال: (ولا تَصِحُّ وِلايةُ القاضي حتَّى يَجتَمِعَ في المُولَّى شَرائطُ الشَّهادةِ[1]، ويَكونَ مِنْ أهلِ الاجتهادِ):

- أمَّا الأوَّلُ فلأنَّ حُكمَ القضاءِ يُستَقَى من حُكم الشَّهادةِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما من بابِ الولايةِ، فكلُّ مَن كان أهلاً للشَّهادةِ يكونُ أهلاً للقضاءِ، وما يُشترَطُ لأهليَّةِ الشَّهادةِ يُشترَطُ لأهليَّةِ القضاءِ.

والفاسقُ أهلٌ لِلقَضاءِ، حتَّى لو قُلِّدَ يَصحُّ، إلَّا أنَّه لا ينبغي أن يُقلَّدَ كما في حُكمِ الشَّهادةِ؛ فإنَّه لا ينبغي أن يَقبَلَ القاضي شهادتَهُ، ولو قَبِلَ جازَ عندنا.

ولو كان القاضي عَدْلاً فَفَسَقَ بِأَخذِ الرِّشوةِ أو غَيرِهِ، لا يُنعزِلُ ويَستحِقُّ العَزلَ، وهذا هو ظاهرُ المَذهبِ، وعليه مشايخنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وقال الشَّافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: الفاسقُ لا يَجوزُ قَضاؤه كما لا تُقبَلُ شهادتُهُ عنده.

وعن علمائنا الثَّلاثةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ في النَّوادرِ أنَّه لا يَجوزُ قَضاؤُهُ.

---

(١) من الإسلام والبلوغ والعقلِ والحرِّيَّة، وكونِهِ غيرَ أعمى ولا محدوداً في قذف، والكمالُ فيه أن يكون عدلاً عفيفاً عالماً بالسُّنَّة وبطريقِ مَن كان قبلَهُ من القُضاة. فتح.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٤٧٤) وما بعدها، دار الفكر: (وشرط القاضي) أي من يولى قاضيا (مسلم) أي إسلام ... إلى أن قال: (عَدْلٌ)، فلا يُولَّى فاسقٌ لعدمِ الوثوق بقوله، ولأنَّه ممنوعٌ من النَّظر في مال ولدِهِ مع وُفورِ شفقته، فنظره في أمر العامة أولى بالمنع.

وقال بعضُ المشايخ رَحِمَهُمُاللَّهُ: إذا قُلِّد الفاسقُ ابتداءً يصحُّ، ولو قُلِّد وهو عَدلٌ يَنعزِلُ بالفِسْقِ؛ لأنَّ المُقلِّدَ اعتمَدَ عدالتَهُ، فلم يكن راضياً بتقليدِهِ دُونَها.

وهل يَصلُحُ الفاسقُ مُفتياً؟ قيل: لا؛ لأنَّه من أمورِ الدِّينِ، وخبَرُهُ غيرُ مَقبولٍ في الدِّيانات. وقيل: يَصلُحُ؛ لأنَّه يَجتهِدُ كلَّ الجُهدِ في إصابةِ الحقِّ حَذراً عن النِّسبةِ إلى الخطإِ.

- وأمَّا الثاني فالصَّحيحُ أنَّ أهليَّةَ الاجتهادِ شَرْطُ الأولَوِيَّةِ.

فأمَّا تَقليدُ الجاهلِ فصحيحٌ عندنا، خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُاللَّهُ[1]، وهو يقولُ: إنَّ الأمرَ بالقضاءِ يَستدعِي القُدرةَ عليه، ولا قدرةَ دونَ العلمِ.

ولنا: أنَّه يُمكِنُه أن يقضي بِفَتوى غيرِهِ، ومَقصودُ القَضاءِ يَحصُلُ به، وهو إيصالُ الحقِّ إلى مُستحِقِّه.

وينبغي لِلمُقلِّدِ أن يختارَ مَنْ هو الأقدرُ والأولى؛ لقوله ﷺ: «مَنْ قَلَّدَ إنساناً عَمَلاً وفي رَعيَّتِهِ مَن هو أولى منه، فقد خانَ اللهَ ورسولَهُ وجماعةَ المسلمين»[2].

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٨٢) الكتب العلمية: للقاضي ثمانية شروط، والثالث: الاجتهاد، فلا يجوز تولية جاهلٍ بالأحكام الشَّرعية وطُرُقِها المُحتاج إلى تقليدِ غيرِهِ فيها، وإنَّما تحصلُ أهليَّةُ الاجتهاد لِمَن عَلِم أموراً:
أحدها: كتاب الله تعالى، ولا يُشترط العلمُ بجميعه، بل ممَّا يتعلق بالأحكام، ولا يُشترط حِفظُه عن ظهر القلب.
الثاني: سنَّة رسول الله ﷺ، لا جميعها، بل ما يتعلَّق منها بالأحكام، ويُشترط أن يعرفَ منها العامَّ والخاصَّ، والمطلَقَ والمقيَّدَ، والمُجمَل والمُبيَّن، والنَّاسخَ والمنسوخ، ومن السُّنَّةِ المتواترَ والآحادَ، والمُرسَلَ والمتَّصل، وحالَ الرُّواةِ جَرْحاً وتعديلا.
الثالث: أقاويلُ علماءِ الصَّحابة ومن بعدهم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم إجماعاً واختلافاً.
الرابع: القياسُ، فيعرفُ جليَّهُ وخفيَّهُ، وتمييزَ الصَّحيحِ من الفاسد.
الخامس: لسانُ العرب لغة وإعراباً؛ لأنَّ الشَّرعَ ورد بالعربية، وبهذه الجهة يَعرِف عمومَ اللَّفظِ وخصوصَهُ وإطلاقَهُ وتقييده، وإجماله وبيانه.

(٢) أخرج الحاكم (٤/ ١٠٤) (٧٠٢٣) عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله ﷺ: مَنِ استعمَلَ رجلاً من =

ولا بأسَ بالدُّخولِ في القضاءِ لِمَنْ يَثِقُ بِنَفسِهِ أنْ يُؤدِّيَ فَرْضَهُ، ويُكرَهُ الدُّخولُ فيه لِمَنْ يَخافُ العَجْزَ عنه، ولا يَأمَنُ على نَفسِهِ الحَيفَ فيه. ويَنبغِي أنْ لا يَطلُبَ الوِلايَةَ ولا يَسألَها. ....

وفي حَدِّ الاجتهادِ كلامٌ عُرِف في أصولِ الفقهِ، وحاصِلُهُ: أن يكونَ صاحبَ حديثٍ، له مَعرِفةٌ بالفقهِ؛ لِيَعرِفَ معاني الآثار، أو صاحِبَ فقهٍ له معرفةٌ بالحديثِ؛ لئلا يَشتغِلَ بالقياسِ في المنصوص عليه. وقيل: أن يكونَ مع ذلك صاحِبَ قَريحةٍ يَعرِفُ بها عاداتِ النَّاسِ؛ لأنَّ مِن الأحكامِ ما يَبتني عليها.

قال: (ولا بأسَ بالدُّخولِ في القضاءِ لِمَنْ يَثِقُ بِنَفسِهِ أنْ يُؤدِّيَ فَرْضَهُ)؛ لأنَّ الصَّحابةَ رضي الله عنهم تقلَّدوه، وكفى بهم قدوةً، ولأنَّه فرضُ كفايةٍ؛ لكونِهِ أمراً بالمعروف.

قال: (ويُكرَهُ الدُّخولُ فيه لِمَنْ يَخافُ العَجْزَ عنه ولا يَأمَنُ على نَفسِهِ الحَيفَ فيه)؛ كي لا يصيرَ شَرْطاً لمباشرتِهِ القَبيحَ. وكَرِهَ بعضُهُم الدُّخولَ فيه مختاراً؛ لقوله ﷺ: «مَن جُعِل على القضاءِ فكأنَّما ذُبِح بغير سكِّين»[1].

والصَّحيحُ أنَّ الدُّخولَ فيه رُخصةٌ طَمَعاً في إقامةِ العَدلِ، والتَّركَ عزيمةٌ فلعَلَّه يُخطِئ ظنُّه ولا يُوفَّقُ له، أو لا يُعينُهُ عليه غيرُهُ ولا بدَّ من الإعانة، إلَّا إذا كان هو أهلاً للقَضاءِ دونَ غيرِهِ، فحينئذٍ يُفترَضُ عليه التَّقلُّدُ صيانةً لحقوقِ العبادِ، وإخلاءً للعالَمِ عن الفَساد.

قال: (ويَنبغِي أنْ لا يَطلُبَ الوِلايةَ ولا يَسألَها)؛ لقوله ﷺ: «مَن طَلَب القضاءَ

= عصابةٍ وفي تلك العصابةِ مَنْ هو أرضى لله منه، فقد خان اللهَ وخانَ رسولَهُ وخانَ المؤمنين»، وقال: حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

(1) أخرج أحمد (٢/ ٣٦٥) (٨٧٦٢)، الترمذي في الأحكام، باب: القاضي (١٣٢٥)، وأبو داود في الأقضية، باب: في طلب القضاء (٣٥٧١)، وابن ماجه في الحكام، باب: ذكر القضاة (٢٣٠٨)، والحاكم (٤/ ١٠٣) (٧٠١٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «مَن جُعِلَ قاضياً فكأنَّما ذُبِحَ بغير سِكِّين»، وقال: حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

ثمَّ يَجُوزُ التَّقلُّدُ مِنَ السُّلطانِ الجائرِ كما يَجُوزُ مِنَ العادِلِ. ومَنْ قُلِّدَ القَضاءَ يُسَلَّمُ إليه دِيوانُ القاضي الذي كانَ قبلَهُ، ....

وُكِل إلى نفسِهِ، ومَنْ أُجبِر عليه نزَلَ عليه مَلَكٌ يُسدِّدُه»[1]، ولأنَّ مَن طلَبَه يَعتمِدُ على نفسِهِ فيُحرَم، ومَنْ أُجبِر عليه يَتوكَّل على ربِّه فيُلهَم.

(ثمَّ يَجُوزُ التَّقلُّدُ مِنَ السُّلطانِ الجائرِ كما يَجُوزُ مِنَ العادِلِ)؛ لأنَّ الصَّحابةَ ﵃ تقلَّدوه من معاويةَ ﵁ والحَقُّ كان بِيَدِ عليٍّ ﵁ في نَوْبتِهِ، والتَّابعينَ تَقلَّدُوه من الحَجَّاجِ وكان جائراً، إلَّا إذا كان لا يُمكِّنُه مِنَ القضاءِ بحقٍّ؛ لأنَّ المَقصودَ لا يَحصُل بالتَّقلُّد، بخلاف ما إذا كان يُمكِّنُه.

قال: (ومَنْ قُلِّدَ القَضاءَ يُسَلَّمُ إليه دِيوانُ القاضي الذي كانَ قبلَهُ)، وهو الخَرائطُ التي فيها السِّجِلَّاتُ وغيرُها؛ لأنَّها وُضِعت فيها لِتكونَ حُجَّةً عند الحاجة، فتُجعَل في يدِ مَنْ له وِلايةُ القضاء.

ثمَّ إنْ كان البياضُ[2] مِنْ بيتِ المالِ فظاهِرٌ[3]، وكذا إذا كان مِنْ مالِ الخُصومِ في الصَّحيح؛ لأنَّهم وَضَعُوها في يدِهِ لِعَملِهِ وقد انتقَلَ إلى المُولَّى، وكذا[4] إذا كان مِنْ مالِ القاضي، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّه اتَّخذه تديُّناً لا تموُّلاً.

ويَبعَثُ أمِينَينِ لِيَقبِضاها بِحَضرةِ المعزولِ أو أمينِهِ، ويَسألانِهِ شيئاً فشيئاً، ويَجعلانِ كلَّ نوعٍ منها في خَريطةٍ كي لا يَشتبِهَ على المُولَّى، وهذا السُّؤالُ

---

(١) أخرج أحمد (٣/ ٢٢٠) (١٣٣٣٥)، والحاكم (٤/ ١٠٣) (٧٠٢١)، والترمذي في الأحكام، باب: القاضي (١٣٢٤)، وأبو داود في الأقضية، باب: في طلب القضاء والتسرع إليه (٣٥٧٨) عن أنس بن مالك قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «مَن طَلَبَ القضاءَ واستعانَ عليه وُكِلَ إليه، ومَنْ لم يَطلُبْه ولم يَستَعِنْ عليه، أنزلَ اللهُ مَلَكاً يُسدِّدُه».

(٢) أي: الذي كَتَب القاضي فيه الحوادث والأحكام، وَرَقاً كان أو غيره.

(٣) يعني: يُجبر المعزول على دَفعِه؛ لأنَّ ذلك كان في يده لعَمَلِهِ، والعملُ الآن لغيره.

(٤) أي: يُجبر على الدَّفع.

وينظُرُ في حالِ المَحبُوسِينَ فَمَنِ اعترَفَ بِحَقٍّ ألزَمَهُ إيَّاهُ، ومَنْ أنكرَ لَمْ يُقبَلْ قَولُ المَعزُولِ عليه إلَّا بِبيِّنَةٍ، فإنْ لم تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتخليَتِهِ حتَّى يُنادي عليه، ويَنظُرَ في أمرِهِ. ويَنظُرُ في الوَدائعِ وارتفاعِ الوُقُوفِ، فَيَعمَلُ فيه على ما تَقُومُ به البيِّنةُ، أو يَعتَرِفُ به مَنْ هو في يَدِهِ. ولا يُقبَلُ قَولُ المَعزُولِ، إلَّا أنْ يَعتَرِفَ الذي هو في يَدِهِ أنَّ المَعزُولَ سَلَّمَها إليهِ، فَيُقبَلُ قَولُهُ فيها. ....

لِكَشفِ الحالِ لا للإلزام[1].

قال: (ويَنظُرُ في حالِ المَحبُوسِينَ)؛ لأنَّه نُصِّب ناظراً:

- (فَمَنِ اعترَفَ بِحَقٍّ ألزَمَهُ إيَّاهُ)؛ لأنَّ الإقرارَ مُلزِم.

- (ومَنْ أنكرَ لَمْ يُقبَلْ قَولُ المَعزُولِ عليه إلَّا بِبيِّنَةٍ)؛ لأنَّه بالعَزلِ التَحقَ بالرَّعايا، وشهادةُ الفردِ ليست بحُجَّةٍ، لا سيَّما إذا كانت على فِعْلِ نفسِهِ، (فإنْ لم تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتخليَتِهِ حتَّى يُنادي عليه[2]، ويَنظُرَ في أمرِهِ)؛ لأنَّ فِعلَ القاضي المعزولِ حقٌّ ظاهرٌ، فلا يُعجِّلُ كي لا يُؤدِّي إلى إبطالِ حقِّ الغير.

(ويَنظُرُ في الوَدائعِ وارتفاعِ الوُقُوفِ، فَيَعمَلُ فيه على ما تَقُومُ به البيِّنةُ، أو يَعتَرِفُ به مَنْ هو في يَدِهِ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك حُجَّة.

(ولا يُقبَلُ قَولُ المَعزُولِ) لِما بيَّنَّا[3] (إلَّا أنْ يَعتَرِفَ الذي هو في يَدِهِ أنَّ المَعزُولَ سَلَّمَها إليهِ، فَيُقبَلُ قَولُهُ فيها)؛ لأنَّه ثبَتَ بإقرارِهِ أنَّ اليد كانت للقاضي، فَيَصِحُّ إقرارُ القاضي كأنَّه في يَدِه في الحال، إلَّا إذا بدأ بالإقرار لِغَيره ثمَّ أقرَّ بِتَسليمِ القاضي،

---

(١) لأنَّ قول المعزول ليس بحجَّةٍ لالتحاقه بالعزل بواحدٍ من الرَّعايا.

(٢) وصفة المنادى: أن يأمرَ القاضي كلَّ يومَ إذا جَلَس منادياً يُنادي في محلَّتِهِ «مَن كان يَطلُب فلانَ بنَ فلانٍ المَحبوسَ بحقٍّ فليأتِ إلى القاضي» يفعَلُ ذلك أيَّاماً، فإذا حضَرَ وادَّعى وهو على جُحُودِهِ، ابتدأ الحُكمَ بينهما، وإنْ لم يحضُرْ أخَذ منه كفيلاً بنفسِهِ إذ لعلَّه محبوسٌ بحقٍّ لغائبٍ، وأمارتُهُ أنَّه في حَبسِ قاضٍ، والظَّاهر أنَّه بحقٍّ. وتمامه في الفتح.

(٣) من انَّه بالعزل التحق بآحاد الرَّعية.

وَيَجلِسُ لِلحُكمِ جُلُوساً ظاهِراً في المَسجِدِ. ....

فَيُسلِّم ما في يده إلى المُقَرِّ له الأوَّل لِسَبقِ حقِّه، ويَضمَنُ قيمَتَهُ للقاضي بإقرارِهِ الثَّاني، ويُسَلَّم إلى المُقَرِّ له من جهة القاضي.

قال: (وَيَجلِسُ لِلحُكمِ جُلُوساً ظاهِراً في المَسجِدِ)، كي لا يَشتبِهَ مَكانُهُ على الغُرباءِ وبعضِ المُقيمين، والمسجدُ الجامِعُ أولى لأنَّه أشهَرُ.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: يُكرَه الجلوسُ في المسجِدِ للقضاءِ؛ لأنَّه يَحضُرُه المُشرِكُ، وهو نَجِسٌ بالنَّصِّ، والحائضُ وهي ممنوعةٌ عن دخوله.

ولنا: قولُهُ ﷺ: «إنَّما بُنيتِ المساجِدُ لِذِكْر الله تعالى والحُكمِ»[2]، وكان رسولُ الله ﷺ يَفصِلُ الخُصومةَ في مُعتَكَفِه[3]، وكذا الخُلفاءُ الرَّاشدون كانوا يَجلِسونَ

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ١٢٢) وما بعدها، الكتب العلمية: ويستحبُّ أن لا يَتَّخذ المسجدَ مَجلِساً للقضاء، فإنِ اتَّخذ كُرِه على الأصح، لأنَّه يُنزَّه عن رفعِ الأصوات، وحضورِ الحيَّضِ، والكفَّارِ والمجانين وغيرِهم مِمَّن يَحضُرون مجلس القضاء. والثاني: لا يُكره كما لا يُكرَه الجلوسُ فيه لتعليم القرآن وسائرِ العلوم والإفتاء.

وإذا أثبتنا الكراهة، فهي في إقامة الحدِّ أشدُّ، وكراهةُ اتِّخاذِهِ مَجلِساً للقضاء كراهةُ تنزيه. اهـ.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ٧٠): غريب بهذا اللفظ، وأخرجه مسلم بدون لفظ «الحكم» في الطهارة، باب: وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذ حصلت في المسجد (٢٨٥) عن أنس بن مالك قال: بينما نحن في المسجد مع رسولِ الله ﷺ إذ جاء أعرابيٌّ فقامَ يَبولُ في المَسجِدِ، فقال أصحابُ رسولِ الله ﷺ: مَهْ مَهْ، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تُزرِمُوهُ، دَعُوهُ»، فتَركُوهُ حتَّى بالَ، ثمَّ إنَّ رسولَ الله ﷺ دعاهُ فقال له: «إنَّ هذه المساجدَ لا تَصلُحُ لشيءٍ من هذا البولِ ولا القَذَرِ، إنَّما هي لِذِكرِ اللهِ ﷻ، والصَّلاةِ، وقراءةِ القرآنِ» أو كما قال رسول الله ﷺ، قال: فأمَرَ رجلاً من القومِ فجاءَ بِدَلوٍ من ماءٍ فشَنَّهُ عليه.

(٣) فيه أحاديث منها: ما أخرجه الأئمَّةُ الستَّةُ، وهو عند البخاري في أبواب المساجد، باب: التقاضي والملازمة في المسجد (٤٤٥)، ومسلم في المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين (١٥٥٨) عن كعبٍ أنَّه تَقاضَى ابنَ أبي حَدْرَدٍ ديناً كان له عليه في المسجد، فارتفَعَتْ أصواتُهُما حتَّى سَمِعَها رسولُ الله ﷺ وهو في بيتِهِ، فخَرَجَ إليهما حتَّى كشَفَ سَجفَ حُجرتِهِ فنادَى «يا كعب»، =

ولا يَقبَلُ هَدِيَّةً إلَّا مِنْ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أو مِمَّنْ جَرَتْ عادَتُهُ قبلَ القَضاءِ بِمُهاداتِهِ. ولا يَحضُرُ دعوةً إلَّا أن تكونَ عامَّةً. ويَشْهَدُ الجَنازَةَ، ويَعُودُ المَرِيضَ، ....

في المساجد لِفَصلِ الخُصوماتِ، ولأنَّ القضاءَ عبادةٌ فيجوزُ إقامَتُها في المساجِدِ كالصَّلاةِ.

ونجاسَةُ المُشرِكِ في اعتقادِهِ لا في ظاهِرِهِ، فلا يُمنَعُ من دخولِهِ، والحائضُ تُخبِرُ بحالِها فَيَخرجُ القاضي إليها، أو إلى باب المسجدِ، أو يَبعَثُ مَن يَفصِلُ بينها وبين خَصمِها، كما إذا كانت الخُصومةُ في الدَّابَّة.

ولو جَلَسَ في دارِهِ لا بأسَ به، ويَأذَنُ للنَّاسِ بالدُّخولِ فيها، ويَجلِسُ معه مَنْ كان يَجلِسُ قبلَ ذلك؛ لأنَّ في جُلوسِهِ وحدَهُ تُهمةً.

قال: (ولا يَقبَلُ هَدِيَّةً إلَّا مِنْ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أو مِمَّنْ جَرَتْ عادَتُهُ قبلَ القَضاءِ بِمُهاداتِهِ)؛ لأنَّ الأوَّلَ صلةُ الرَّحِمِ، والثَّاني ليس للقضاءِ بل جَرْيٌ على العادةِ، وفيما وراءَ ذلك يصيرُ آكِلاً بقضائِهِ.

حتَّى لو كانت للقريب خصومةٌ لا يقبلُ هديَّته، وكذا إذا زاد المُهدِي على المُعتادِ، أو كانت له خُصومَةٌ؛ لأنَّه لأجل القضاءِ فَيَتحاماه.

(ولا يَحضُرُ دعوةً إلَّا أن تكونَ عامَّةً)؛ لأنَّ الخاصَّةَ لأجلِ القَضاءِ، فَيُتَّهَمُ بالإجابة، بخلافِ العامَّةِ، ويدخُلُ في هذا الجوابِ قريبُهُ[1]، وهو قولُهما، وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يُجِيبُه وإن كانت خاصَّةً كالهديَّةِ.

والخاصَّة: ما لو عَلِمَ المَضيفُ أنَّ القاضي لا يَحضُرُها لا يَتَّخِذُها.

قال: (ويَشْهَدُ الجَنازَةَ، ويَعُودُ المَرِيضَ)؛ لأنَّ ذلك مِنْ حقوقِ المسلمين،

= قال: «لبَّيكَ يا رسول الله، قال: «ضَعْ من دَينِكَ هذا»، وأومأ إليه أي الشَّطر، قال: لقد فعلتُ يا رسولَ اللهِ، قال: «قُمْ فاقضِهِ».

(١) أي: فلا يجيبُ دعوتَهُ إلَّا إذا كانت عامَّةً ولا خُصومَةَ له. فتح.

ولا يُضَيِّفُ أحَدَ الخَصْمَينِ دُونَ خَصْمِهِ، وإذا حَضَرَا سَوَّى بينهما في الجُلُوسِ والإقبالِ، ولا يُسارُّ أحَدَهما، ولا يُشيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُهُ حُجَّةً، ولا يَضْحَكُ في وَجهِ أحَدِهِما، ولا يُمازِحُهُم ولا واحداً منهم، ويُكرَهُ تلقِينُ الشَّاهِدِ.

قال ﷺ: «للمسلِمِ على المسلِمِ سِتَّةُ حقوق»[١] وعَدَّ منها هذين.

(ولا يُضَيِّفُ أحَدَ الخَصْمَينِ دُونَ خَصْمِهِ)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن ذلك[٢]، ولأنَّ فيه تُهمَةً.

قال: (وإذا حَضَرَا سَوَّى بينهما في الجُلُوسِ والإقبالِ)؛ لقوله ﷺ: «إذا ابتُلِي أحدُكُم بالقضاءِ فَليُسَوِّ بينهم في المجلِسِ والإشارةِ والنَّظرِ»[٣].

(ولا يُسارُّ أحَدَهما، ولا يُشيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُهُ حُجَّةً) لِلتُّهمة، ولأنَّ فيه مَكْسَرَةَ لقلبِ الآخَرِ فيترُكُ حقَّه، (ولا يَضْحَكُ في وَجهِ أحَدِهِما)؛ لأنَّه يَجترِئُ على خَصمِه، (ولا يُمازِحُهُم ولا واحداً منهم)؛ لأنَّه يذهبُ بِمَهابةِ القضاء.

قال: (ويُكرَهُ تَلقِينُ الشَّاهِدِ)، ومعناه: أن يقولَ له: «أتشهَدُ بكذا وكذا»، وهذا لأنَّه إعانةٌ لأحدِ الخَصْمَين، فَيُكرَه كتلقينِ الخَصْم. واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غيرِ مَوضعِ التُّهمةِ؛ لأنَّ الشَّاهدَ قد يُحصَرُ لِمَهابةِ المَجلِسِ، فكان تلقينُهُ إحياءً للحقِّ بمنزلةِ الإشخاصِ[٤] والتَّكفيلِ.

---

(١) أخرج البخاري في الجنائز، باب: الأمر باتباع الجنائز (١١٨٣)، ومسلم في السلام، باب: من حق المسلم للمسلم رد السلام (٢١٦٢) عن أبي هريرة قال سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «حَقُّ المسلمِ على المسلمِ خمسٌ، ردُّ السَّلامِ، وعيادةُ المَريضِ، واتباعُ الجنائزِ، وإجابةُ الدَّعوةِ، وتشميتُ العاطس».

(٢) أخرج الطبراني في الاوسط (٤/ ١٨٣) (٣٩٢٢) عن عليٍّ قال: «نَهَى النَّبيُّ ﷺ أن يُضَيِّفُ أحدُ الخَصمين دونَ الآخَر».

(٣) أخرج الطبراني في الكبير (٢٣/ ٣٨٦) (١٩٨٧٥) عن أمِّ سلَمَةَ قالت: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ ابتُلِي بالقَضاءِ بين المسلمين، فَليُساوي بينهم في المَجلسِ في الإشارةِ، والنَّظرِ، ولا يَرفَعْ صوتَهُ على أحدِ الخَصمَينِ أكثَرَ من الأخر».

(٤) وهو: إرسالُ شخصٍ ليأتي بِخَصمِهِ، يقال: «شَخَصَ من بلدٍ إلى بلدٍ» إذا ذَهَبَ، من حَدِّ «منع». فتح.

فصل في الحبس

وإذا ثَبَتَ الحَقُّ عندَ القاضي، وطَلَبَ صاحِبُ الحَقِّ حَبْسَ غريمِهِ، لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبسِهِ وأَمَرَهُ بِدَفْعِ ما عليه، فإنِ امتَنَعَ حَبَسَهُ في كلِّ دَينٍ لَزِمَهُ بَدَلاً عَنْ مالٍ حَصَلَ في يَدِهِ، كثَمَنِ المَبِيعِ، أو التَزَمَهُ بِعَقدٍ كالمَهْرِ والكَفالةِ، ولا يَحبِسُهُ فِيما سِوَى ذلك إذا قال: «إنِّي فَقيرٌ» إلَّا أن يُثبِتَ غَرِيمُهُ أنَّ له مالاً فَيَحبِسُهُ، ....

(فصل في الحبس)

قال: (وإذا ثَبَتَ الحَقُّ عندَ القاضي، وطَلَبَ صاحِبُ الحَقِّ حَبْسَ غرِيمِهِ، لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبسِهِ وأَمَرَهُ بِدَفْعِ ما عليه)؛ لأنَّ الحبسَ جزاءُ المُماطلةِ، فلا بدَّ من ظُهورِها، وهذا[1] إذا ثبَتَ الحقُّ بإقرارِهِ؛ لأنَّه لم يُعرَف كونُهُ مُماطِلاً في أوَّلِ الوَهلَةِ، فلعَلَّه طَمِعَ في الإمهال فلم يَستصحِبِ المالَ، فإذا امتَنَعَ بعد ذلك حَبَسَه لِظُهور مُطلِهِ، أمَّا إذا ثبَتَ بالبيِّنةِ حَبَسَه كما ثبَتَ لِظُهورِ المُطلِ بإنكارِهِ.

قال: (فإنِ امتَنَعَ حَبَسَهُ في كلِّ دَينٍ لَزِمَهُ بَدَلاً عَنْ مالٍ حَصَلَ في يَدِهِ، كثَمَنِ المَبِيعِ، أو التَزَمَهُ بِعَقدٍ كالمَهْرِ والكَفالةِ)؛ لأنَّه[2] إذا حصَلَ المالُ في يدِهِ ثبَتَ غِناه به، وإقدامُهُ[3] على التزامِهِ باختيارِهِ دليلُ يَسارِهِ، إذْ هو لا يَلتزِمُ إلَّا ما يَقدِرُ على أدائه، والمرادُ بالمهرِ مُعَجَّلُه دونَ مؤجَّله.

قال: (ولا يَحبِسُهُ فِيما سِوَى ذلك إذا قال: «إنِّي فقيرٌ» إلَّا أن يُثبِتَ غَريمُهُ أنَّ له مالاً فَيَحبِسُهُ)؛ لأنَّه لم توجد دِلالةُ اليسارِ، فيكونُ القولُ قولَ مَن عليه الدَّينُ، وعلى المُدَّعي إثباتُ غِناه.

ويُروَى: أنَّ القولَ لِمَن عليه الدَّينُ في جميع ذلك؛ لأنَّ الأصلَ هو العُسْرَة. ويُروَى: أنَّ القولَ له إلَّا فيما بدَلُهُ مالٌ.

---

(١) أي: عدَمُ التَّعجيل في الحبس.

(٢) هذا دليلُ قوله: «كل دَينٍ لَزِمَهُ بَدَلاً عَنْ مالٍ حَصَلَ في يَدِهِ».

(٣) هذا دليل قوله: «أو التَزَمَهُ بِعَقدٍ كالمَهْرِ والكَفالةِ».

فإنْ لم يَظهَرْ لَهُ مالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ. ....

وفي النَّفقةِ القَولُ قولُ الزَّوجِ إنَّهُ مُعسِرٌ[1]، وفي إعتاقِ العبدِ المُشتَرَكِ القولُ للمُعتِقِ[2]، والمسألتانِ تُؤيِّدانِ القولين الأخِيرَين، والتَّخريجُ[3] على ما قال في الكتاب، أنَّه[4] ليس بدينٍ مُطلَقٍ، بل هو صِلَةٌ، حتَّى تسقُطَ النَّفقةُ بالموتِ على الاتِّفاق[5]، وكذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ ضمانُ الإعتاقِ.

ثمَّ فيما كان القولُ فيه قولَ المُدَّعي: «إنَّ له مالاً»، أو ثَبَتَ ذلك[6] بالبيِّنةِ فيما كان القولُ قولَ مَن عليه، يَحبِسُهُ شَهرين أو ثلاثةً، ثمَّ يَسألُ عنه، فالحبسُ لِظُهورِ ظُلمِهِ في الحال.

وإنَّما يَحبِسُه مدَّةً لِيُظهر مالَهُ لو كان يُخفيه، فلا بدَّ من أن تمتدَّ المُدَّةُ لِيُفيد هذه الفائدةَ، فقَدَّرَه بما ذكره، ويُروَى غيرُ ذلك من التَّقدير بِشَهرٍ أو أربعةٍ إلى ستَّة أشهر. والصَّحيحُ أنَّ التَّقديرَ مفوَّضٌ إلى رأي القاضي لاختلافِ أحوالِ الأشخاص فيه.

قال: (فإنْ لم يَظهَرْ لَهُ مالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ)، يعني: بعد مُضيِّ المُدَّة؛ لأنَّه استَحَقَّ النَّظِرةَ إلى المَيسرةِ، فيكون حبسُهُ بعد ذلك ظُلماً.

---

(١) يعني: لو ادَّعت على زوجها أنَّه موسِرٌ، وطلبت نفقة الموسرين، وزعم الزَّوجُ أنَّه معسِرٌ وأنَّ عليه نفقةَ المُعسرين، فالقولُ قوله.

(٢) يعني: إذا أعتق أحدُ الشَّريكين نصيبه من العبد، وزعم أنَّه معسِرٌ، كان القول قولَه.

(٣) قال القدوري في الكتاب: «حبسَهُ في كلِّ دَينٍ لَزِمَه بدلاً عن مالٍ أو التَزَمَه بعَقْد» فَتَخريجُ مسألةِ الإعتاقِ والإنفاقِ السَّابقتين على ما نصَّ عليه القدوري: أنَّ المراد بالدَّين في قوله «كل دين» الدَّينُ المطلَقُ، والنَّفقة ليست بدين مطلَقٍ وكذا ضمانُ الإعتاق.

(٤) أي: النَّفقة، وذكَّرَ الضَّميرَ على تأويل الإنفاق.

(٥) والدَّينُ الصَّحيح: هو ما لا يسقُطُ إلا بإبراءِ مَن له أو بإيفاءِ مَنْ عليه.

(٦) أي: ثبتَ أنَّ المدَّعى عليه له مال.

ويُحبَسُ الرَّجلُ في نَفَقَةِ زَوجَتِهِ، ولا يُحبَسُ والِدٌ في دَينِ وَلَدِهِ إلَّا إذا امتَنَعَ مِنَ الإنفاقِ عليه.

ولو قامت البيِّنةُ على إفلاسِهِ قبلَ المُدَّة تُقبَل في رواية، ولا تُقبَلُ في رواية، وعلى الثَّانية عامَّةُ المشايخ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

قال في الكتاب: «خَلَّى سَبيلَهُ ولا يَحُولُ بينَهُ وبينَ غُرَمائِهِ»، وهذا كلامٌ في المُلازَمَة، وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

وفي الجامع الصَّغير: «رجلٌ أقرَّ عندَ القاضي بِدَينٍ فإنَّه يَحبِسُهُ ثمَّ يسألُ عنه، فإنْ كان مُوسِراً أبَّدَ حَبْسَه، وإن كان مُعسِراً خَلَّى سبيلَهُ»، ومرادُهُ إذا أقرَّ عند غيرِ القاضي أو عنده مرَّةً وظَهَرت مُماطلَتُهُ، والحبسُ أوَّلاً ومدَّتُهُ قد بيَّنّاه فلا نعيده[1].

قال: (ويُحبَسُ الرَّجلُ في نَفَقَةِ زَوجَتِهِ)؛ لأنَّه ظالمٌ بالامتناع.

(ولا يُحبَسُ والِدٌ في دَينِ وَلَدِهِ)؛ لأنَّه نوعُ عُقوبةٍ، فلا يستحقُّهُ الولدُ على الوالد، كالحدود والقصاص، (إلَّا إذا امتنَعَ مِنَ الإنفاقِ عليه)؛ لأنَّ فيه إحياءً لوَلَدِه، ولأنَّه[2] لا يُتدارَكُ لِسُقُوطِها بمُضيِّ الزَّمان، والله أعلم.

---

(١) يعني: أنَّ المذكورَ في الجامع الصَّغير من الحَبْس أوَّلاً ومُدَّته، على ما بيَّنّا ليس فيه مخالفة لِما بيَّنّاه.

(٢) أي: الإنفاق.

باب كتاب القاضي إلى القاضي

ويُقبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في الحُقوقِ إذا شُهِدَ بِهِ عِندَهُ، فإنْ شَهِدُوا على خَصْمٍ حاضِرٍ حَكَمَ بالشَّهادةِ وكَتَبَ بِحُكمِهِ، وإنْ شَهِدُوا بِهِ بِغَيرِ حَضرةِ الخَصمِ لم يَحْكُمْ وكَتَبَ بِالشَّهادةِ. ....

(باب كتاب القاضي إلى القاضي)

قال: (ويُقبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في الحُقوقِ[١] إذا شُهِدَ بِهِ[٢] عِندَهُ) للحاجة على ما نُبيِّن.

(فإنْ شَهِدُوا على خَصْمٍ حاضِرٍ[٣] حَكَمَ بالشَّهادةِ) لِوُجودِ الحُجَّة (وكَتَبَ بِحُكمِهِ[٤]) وهو المدعو سِجلاً[٥]، (وإنْ شَهِدُوا بِهِ بِغَيرِ حَضرةِ الخَصمِ لم يَحْكُمْ)؛ لأنَّ القضاءَ على الغائبِ لا يجوزُ (وكَتَبَ بِالشَّهادةِ) لِيَحكُمَ المَكتوبُ إليه بها، وهذا هو الكتابُ الحُكميُّ، وهو[٦] نَقلُ الشَّهادةِ في الحقيقة، ويَختصُّ بشرائطَ نذكرُها إن شاء الله تعالى، وجوازُهُ لِمَساسِ الحاجةِ؛ لأنَّ المُدَّعي قد يَتعذَّر عليه الجَمعُ بين شُهودِهِ وخَصمِهِ، فأشبَهَ الشَّهادةَ على الشَّهادةِ[٧].

---

(١) أي: التي تَثبُتُ مع الشُّبهات، بخلاف الحدودِ والقصاصِ، فإنَّها تَندرئ بالشُّبهات.

(٢) أي: بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه.

(٣) يريد بـ«الخصم الحاضر» مَن كان وكيلاً من جهةِ المدَّعى عليه، أو مُسخَّراً وهو مَن ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب لِيَسمع الدَّعوى عليه، وإلَّا لو أراد بالخَصْم المُدَّعى عليه لم يبقَ حاجةٌ إلى الكتاب إلى القاضي الآخر؛ لأنَّ الخَصْم حاضرٌ عند هذا القاضي وقد حَكَم عليه. فتح.

(٤) إلى قاضي البلد التي فيها المُوكِّل ليقتضي منه الحقَّ.

(٥) والسِّجلُّ في عُرفِهم لا يكون إلَّا عند الحكم.

(٦) أي: الكتابُ الحكميُّ في الحقيقة عبارةٌ عَن نقلِ الشَّهادة.

(٧) أي: كما جازتِ الشَّهادةُ على الشَّهادة لإحياءِ حقوقِ العبادِ، فكذا جاز الكتابُ لذلك.
والفرقُ بين الكتابين: أنَّ السِّجل يَلزَمُ العملُ به وإن كان المكتوبُ إليه لا يرى ذلك الحكمَ؛ لِصُدور =

ولا يُقبَلُ الكتابُ إلَّا بِشَهادةِ رَجلَينِ أو رَجلٍ وامرأتَينِ، ويَجِبُ أنْ يقرأ الكتابَ عليهم لِيَعرِفُوا ما فيه، أو يُعلِمَهُم بِهِ، ....

وقوله: «في الحقوق» يندرجُ تحتَهُ الدَّينُ والنِّكاحُ والنَّسبُ والمَغصوبُ والأمانةُ المَجحودةُ والمُضاربةُ المَجحودَةُ؛ لأنَّ كلَّ ذلك بمنزلة الدَّين، وهو يُعرَف بالوصفِ لا يُحتاجُ فيه إلى الإشارة[1]، ويُقبَلُ في العقار أيضاً؛ لأنَّ التَّعريفَ فيه بالتَّحديد.

ولا يُقبَلُ في الأعيانِ المَنقولةِ للحاجةِ إلى الإشارة. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يُقبَلُ في العبدِ دونَ الأمةِ؛ لِغَلبةِ الإباقِ فيه دونها. وعنه: أنَّه يُقبَلُ فيهما بشرائطَ تُعرَفُ في موضِعِها. وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يُقبَلُ في جَميعِ ما يُنقَلُ ويُحوَّلُ، وعليه المتأخِّرون.

قال: (ولا يُقبَلُ الكتابُ إلَّا بِشَهادةِ رَجلَينِ أو رَجلٍ وامرأتَينِ)؛ لأنَّ الكتابَ يُشبِهُ الكتابَ، فلا يَثبُتُ إلَّا بِحُجَّةٍ تامَّةٍ، وهذا لأنَّه مُلزِمٌ فلا بدَّ من الحُجَّة، بخلافِ كتابِ الاستئمانِ من أهلِ الحربِ لأنَّه ليس بِمُلزِمٍ[2]، وبخلافِ رسولِ القاضي إلى المُزكِّي، ورَسولِهِ إلى القاضي[3]؛ لأنَّ الإلزامَ بالشَّهادةِ لا بالتَّزكيةِ.

قال: (ويَجِبُ أنْ يقرأ الكتابَ عليهم[4] لِيَعرِفُوا ما فيه، أو يُعلِمَهُم بِهِ)؛ لأنَّه

= الحكمِ في محلٍّ مُجتَهَد فيه، والكتابُ الحكميُّ لا يلزَمُ إذا كان يُخالِفُه؛ لأنَّه لم يقع الحكمُ في محلٍّ مُجتَهَد فيه، فله أن لا يَقبلُهُ ولا يعمل به. فتح.

(١) يشيرُ إلى ثلاثة أشياء: إلى أنَّ الدَّين إنَّما يَجوزُ فيه الكتاب؛ لأنَّه يُعرَف بالوصف فلا يحتاجُ إلى الإشارة، وإلى أنَّ ما يُحتاجُ فيه إلى الإشارة لا يجوزُ فيه الكتاب، وإلى أنَّ الأمورَ المذكورةَ بمنزلة الدَّين في أنَّها تُعرَف بالوصف، فلا تحتاج إلى الإشارة. عناية.

(٢) أي: بخلاف كتاب الاستئمان إذا جاء من مَلِكِ أهلِ الحَربِ في طَلَب الأمانِ فإنَّه مقبولٌ بغير بيِّنة، حتَّى لو أمَّنَه الإمامُ صحَّ؛ لأنَّه ليس بِمُلزِم، فإنَّ للإمام رأياً في الأمان وتَركِهِ. عناية.

(٣) فإنَّه يقبل بغير بيِّنة كذلك.

(٤) أي: على الشُّهود.

ثُمَّ يَختِمَهُ بِحَضْرَتِهِم ويُسَلِّمَهُ إليهم، وإذا وَصَلَ إلى القاضي لَمْ يَقبَلْهُ إلَّا بِحَضرةِ الخَصْمِ، فإذا سَلَّمَه الشُّهودُ إليهِ نَظَرَ إلى خَتْمِهِ، فإذا شَهِدُوا أَنَّهُ كتابُ فُلانٍ القاضي سَلَّمَهُ إلينا في مَجلِسِ حُكمِهِ وقضائه، وقَرَأَه علينا وخَتَمَهُ، فَتَحَهَ القاضي وقَرَأَهُ على الخَصْمِ وألزَمَهُ ما فيه. ....

لا شهادةَ بدونِ العلمِ، (ثُمَّ يَختِمَهُ بِحَضْرَتِهِم ويُسَلِّمَهُ إليهم)؛ كي لا يُتوَهَّم التَّغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنَّ عِلمَ ما في الكتاب والخَتْمَ بِحضرتِهِم شَرْطٌ، وكذا حِفظُ ما في الكتاب عندهما، ولهذا يَدفَعُ إليهم كتاباً آخَرَ غيرَ مَختومٍ ليكونَ معهم مُعاونةً على حِفظِهم.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ آخراً: شيءٌ من ذلك ليس بشرطٍ، والشَّرطُ أنْ يُشهِدَهم أنَّ هذا كتابُهُ وخَتْمَه. وعن أبي يوسف: أنَّ الختمَ ليس بشرطٍ أيضاً، فسَهَّلَ في ذلك لَمَّا ابتُلِي بالقضاء، وليس الخبرُ كالمُعاينةِ.

واختار شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ قولَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قال: (وإذا وَصَلَ إلى القاضي لَمْ يَقبَلْهُ إلَّا بِحَضرةِ الخَصْمِ)؛ لأنَّه بمنزلةِ أداءِ الشَّهادةِ فلا بدَّ من حُضورِهِ، بخلافِ سَماعِ القاضي الكاتبَ؛ لأنَّه للنَّقلِ لا للحُكم.

قال: (فإذا سَلَّمَه الشُّهودُ إليهِ نَظَرَ إلى خَتْمِهِ، فإذا شَهِدُوا أَنَّهُ كتابُ فُلانٍ القاضي سَلَّمَهُ إلينا في مَجلِسِ حُكمِهِ وقَضائِهِ، وقَرَأَه علينا وخَتَمَهُ، فَتَحَهَ القاضي وقَرَأَهُ على الخَصْمِ وألزَمَهُ ما فيه)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا شَهِدوا أنَّه كتابُهُ وخاتِمُهُ، قَبِلَهُ على ما مَرَّ[1].

ولم يَشترِطْ في الكتاب ظُهورَ العدالةِ للفتحِ، والصَّحيحُ أنَّه يَفُضُّ الكتابَ بعدَ ثُبوتِ العدالةِ، كذا ذكَرَه الخَصَّاف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه ربَّما يحتاجُ[2] إلى زيادةِ الشُّهود، وإنَّما يُمكِنُهم أداءُ الشَّهادةِ بعد قيامِ الخَتمِ.

---

(١) من أنَّ أبا يوسف لم يَشترِط شيئاً من ذلك.

(٢) أي: المدَّعي.

ولا يُقبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في الحُدودِ والقِصاصِ.

وإنَّما يَقبَلُه المكتوبُ إليه إذا كانَ الكاتبُ على القضاءِ[1]، حتَّى لو مات أو عُزِل أو لم يَبْقَ أهلاً للقضاءِ قبلَ وُصولِ الكتاب، لا يَقبلُهُ؛ لأنَّه التَحَقَ بواحدٍ من الرَّعايا، ولهذا لا يُقبَلُ إخبارُهُ قاضياً آخَرَ في غير عمِلِه أو في غيرِ عَملِهما[2].

وكذا[3] لو ماتَ المكتوبُ إليه، إلَّا إذا كَتَب «إلى فلانِ بنِ فلان، قاضي بلدة كذا، وإلى كلِّ مَنْ يَصِلُ إليه من قُضاةِ المسلمين»؛ لأنَّ غيره صار تَبَعاً له، وهو معروف، بخلاف ما إذا كَتَبَ ابتداءً «إلى كلِّ مَن يَصِلُ إليه» على ما عليه مشايخنا رَحِمَهُمُاللَّهُ؛ لأنَّه غير معروف[4].

ولو كان مات الخصمُ[5] يَنفُذُ الكتابُ على وارثِهِ لقيامِهِ مقامَهُ.

قال: (ولا يُقبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في الحُدودِ والقِصاصِ)؛ لأنَّ فيه شُبهةَ البَدَليَّةِ[6]، فصار كالشَّهادة على الشَّهادة[7]، ولأنَّ مَبناهما على الإسقاط، وفي قَبولِهِ سَعيٌ في إثباتِهما.

---

(١) هذا شرطٌ آخَرُ لِقَبول الكتاب والعمل به. فتح.

(٢) أي: ولو كان على قضائه؛ لأنَّه بالنِّسبة إلى العمل الآخر كواحدٍ من الرَّعايا.

(٣) أي: وكذا لا يقبلُهُ قاضي آخر.

(٤) حاصل الكلام: أنَّ في الصُّورة الأولى صرَّح الكاتب باعتماده على الكلِّ بعد تعريف واحد منهم، بقوله: «إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كلِّ من يصل إليه من قضاة المسلمين» لأنَّه أتى بما هو شرطٌ، وهو أن يكون من معلوم، ثمَّ صيَّر غيره تبعاً له.
وأمَّا في الصُّورة الثانية، فإنَّه كتب ابتداءً «من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كلِّ من إليه من قضاة المسلمين» فإنَّه لا يصلح لأنَّه من معلوم إلى مجهول، والعلمُ فيه شرطٌ. بناية.

(٥) يعني: لو مات المدَّعى عليه قبل وصولِ الكتابِ إلى القاضي المكتوب إليه.

(٦) أي: لأنَّ المكتوب إليه صار بدلاً عن الكاتب، لأنَّه لم يشاهد الشهادة. بناية.

(٧) وهي غير مقبولة؛ لأنَّ مبنى الحدود والقصاص على الإسقاط.

فصل آخر

ويَجوزُ قَضاءُ المَرأةِ في كلِّ شيءٍ، إلَّا في الحُدُودِ والقِصاصِ. وليس للقاضي أن يَستخلِفَ على القَضاءِ إلَّا أنْ يُفَوَّضَ إليه ذلكَ. وإذا رُفِعَ إلى القاضي حُكْمُ حاكمٍ أمضَاهُ، إلَّا أنْ يُخالِفَ الكتابَ أو السُّنَّةَ أو الإجماعَ، بأنْ يكونَ قولاً لا دليلَ عليه. وفي الجامع الصَّغير: وما اختَلَفَ فيه الفقهاءُ فقَضَى به القاضي، ثمَّ جاءَ قاضٍ آخَرُ يَرَى غيرَ ذلك أمْضَاهُ، ....

(فصل آخر)

(ويَجوزُ قَضاءُ المَرأةِ في كلِّ شيءٍ، إلَّا في الحُدُودِ والقِصاصِ) اعتباراً بِشَهادتِها، وقد مرَّ الوجهُ[1].

(وليس للقاضي أن يَستخلِفَ على القَضاءِ إلَّا أنْ يُفَوَّضَ إليه ذلكَ)؛ لأنَّه قُلِّد القضاءَ دونَ التَّقليدِ به، فصار كتوكيلِ الوكيل[2]. بخلاف المأمورِ بإقامةِ الجمعةِ حيثُ يَستخلِفُ؛ لأنَّه على شَرَفِ الفَواتِ لِتَوقُّتِه، فكان الأمرُ به إذناً بالاستخلاف دلالةً، ولا كذلك القضاء.

ولو قَضَى الثَّاني بِمَحضرٍ من الأوَّل، أو قَضَى الثَّاني فأجازَ الأوَّل جازَ كما في الوكالة، وهذا لأنَّه حضرَه رأيُ الأوَّلِ وهو الشَّرط.

وإذا فُوِّضَ إليه يَملِكُه، فيصيرُ الثَّاني نائباً عن الأصيل، حتَّى لا يَملِكُ الأوَّلُ عَزْلَه إلَّا إذا فُوِّض إليه العَزلُ، هو الصَّحيح.

قال: (وإذا رُفِعَ إلى القاضي حُكْمُ حاكمٍ أمضَاهُ، إلَّا أنْ يُخالِفَ الكتابَ أو السُّنَّةَ أو الإجماعَ، بأنْ يكونَ قولاً لا دليلَ عليه. وفي الجامع الصَّغير: وما اختَلَفَ فيه الفقهاءُ فقَضَى به القاضي، ثمَّ جاءَ قاضٍ آخَرُ يَرَى غيرَ ذلك أمْضَاهُ).

---

(١) يعني: في أول أدب القاضي، وهو أنَّ حكمَ القضاء يُستقى من حكم الشَّهادة؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما من باب الولاية، فكلُّ من كان أهلا للشَّهادة يكون أهلا للقضاء. بناية.

(٢) فإنَّ الوكيل لا يملك التَّوكيل إلَّا إن فوِّض إليه.

ولو قَضَى في المُجتَهَدِ فيه مُخالِفاً لِرَأيِهِ ناسِياً لِمَذهبِهِ، نَفَذَ عند أبي حنيفة، وإنْ كانَ عامداً ففيه روايتان. وكُلُّ شيءٍ قَضَى به القاضي في الظَّاهِرِ بِتَحريمٍ، فَهُو في الباطنِ

والأصلُ: أنَّ القضاءَ متى لاقَى فَصْلاً مُجتَهَداً فيه، يَنفُذُ ولا يَردُّه غيره؛ لأنَّ اجتهادَ الثَّاني كاجتهاد الأوَّل، وقد يُرَجَّح الأوَّلُ باتِّصال القضاءِ به، فلا يُنقَضُ بما هو دونه.

(ولو قَضَى في المُجتَهَدِ فيه مُخالِفاً لِرَأيِهِ ناسِياً لِمَذهبِهِ، نَفَذَ عند أبي حنيفة، وإنْ كانَ عامداً ففيه روايتان). ووجهُ النَّفاذ: أنَّه ليس بخطأ بِيَقينٍ.

وعندهما: لا يَنفُذُ في الوجهين؛ لأنَّه قضى بما هو خطأٌ عنده، وعليه الفتوى.

ثمَّ المُجتَهَدُ فيه أن لا يكون مخالفاً لِما ذكرنا[1]. والمرادُ بـ «السُّنَّة» المَشهورةُ منها. وفيما اجتَمَعَ عليه الجمهورُ لا يُعتَبَرُ مُخالَفَةُ البعضِ[2]، وذلك خِلافٌ وليس باختلاف، والمُعتَبَرُ الاختلافُ في الصَّدر الأوَّل[3].

قال: (وكُلُّ شيءٍ قَضَى به القاضي في الظَّاهِرِ بِتَحريمٍ، فَهُو في الباطنِ[4] ....

---

(١) لمَّا ذَكَر أنَّ حُكمَ الحاكم في محَلٍّ مُجتَهَد فيه ماضٍ، أراد أن يُبيِّنَ المُجتَهَد فيه فقال: ثمَّ المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لِما ذكرنا من الكتاب والسُّنَّة المَشهورة والإجماع.

(٢) فعلى هذا إذا حَكَم الحاكمُ على خلافِ ما عليه الأكثَرُ، كان حكمُهُ على خلافِ الإجماع، نقَضَهُ مَن رُفِع إليه.
وينبغي أن يُحمَل كلامُ المصنِّف هذا على ما إذا كان الواحدُ المُخالِفُ ممَّن لم يُسوَّغ اجتهادُهُ ذلك، كقول ابن عباس في جواز رِبا الفَضْل، فإنَّه لم يُسوِّغ له أحدٌ ذلك، فلم يتبعه وأنكروا عليه، فإذا حَكَم حاكمٌ بجواز ذلك وجَبَ نقضُهُ؛ لأنَّ الإجماع مُنعقِدٌ على الحرمة بدونه. عناية.

(٣) معناه: أنَّ الاختلاف الذي يَجعَلُ المحَلَّ مُجتَهَداً فيه، هو الاختلاف الذي كان بين الصَّحابة والتَّابعين، لا الذي يقع بعدهم، وعلى هذا إذا حكَمَ الشَّافعيُّ أو المالكيُّ برأيه بِما يُخالِف رأيَ مَن تقدَّم عليه من الصَّدر الأوَّل، ورَفَع ذلك إلى حاكم لم يَرَ ذلك، كان له أن ينقضه. عناية.

(٤) قوله: «في الظاهر» أي: فيما بيننا، وقوله: «في الباطن» أي: عند الله.
مثاله: امرأة ادَّعت على زوجها أنَّه طلقه ثلاثاً، وأقامت بيِّنةً كاذبةً على ذلك، وقضى القاضي بالفرقة، وتزوَّجت بآخر بعد انقضاء العدَّة، فعلى قول أبي حنيفة، جاز للزَّوج الثاني وَطْؤها ظاهراً وباطناً، علم =

كذلكَ عند أبي حنيفة. ولا يَقضِي القاضي على غائبٍ إلَّا أنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقامَهُ.

كذلكَ عند أبي حنيفة)، وكذا إذا قضى بإحلالٍ[(١)]، وهذا إذا كانت الدَّعوى بسببٍ معيَّن[(٢)]، وهي مسألةُ قضاءِ القاضي في العُقودِ والفُسوخِ بشهادةِ الزُّورِ، وقد مرَّت في النِّكاح[(٣)].

قال: (ولا يَقضِي القاضي على غائبٍ إلَّا أنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقامَهُ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(٤)]: يجوزُ لِوُجودِ الحُجَّة، وهي البيِّنةُ، فظهرَ الحقُّ.

ولنا: أنَّ العملَ بالشَّهادة لِقَطعِ المُنازعةِ، ولا مُنازعةَ دونَ الإنكارِ، ولم يوجد، ولأنَّه يَحتمِلُ الإقرارَ والإنكارَ من الخَصمِ، فَيَشتبِهُ وجهُ القضاءِ؛ لأنَّ أحكامَهُما مُختلِفَةٌ.

ولو أنكرَ ثمَّ غاب فكذلك الجوابُ؛ لأنَّ الشَّرطَ قيامُ الإنكار وقتَ القضاءِ، وفيه خلافُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(٥)].

= بالحال أو لم يعلم، وتحرم على الأوَّل ظاهراً وباطناً.

(١) مثاله: رجلٌ ادَّعى على امرأة نكاحاً، وهي تجحد، وأقام بيِّنَةَ زورٍ، وقضى القاضي بينهما بالنِّكاح، حلَّ عند أبي حنيفة للزَّوج وَطؤها، وجاز للمرأة أن تمكِّنه منها.

(٢) خرج بذلك «الأملاكُ المُرسَلَة» أي: المُطلَقةُ عن تَعيين سببِ المِلْك، بأن ادَّعى المِلكَ في هذا الشَّيءِ ولم يُعيِّن سبباً، فإنَّ القضاءَ به قضاءٌ باليد، ليس غير؛ لِتَعدُّد الأسباب، فلا يُمكِن القاضي تعيينُ بَعضِها دونَ بعضٍ، إذ لم تقمْ حُجَّةٌ بِخُصوصِهِ، بخلافِ ما عُيِّن السَّببُ فيه، ووقعتِ الشَّهادةُ على تعيينه.

(٣) انظر (٢/ ٢٦) قوله: (ومن ادَّعت عليه امرأةٌ أنَّه تزوجها ...) إلخ، ومفادُها: أنَّ القضاء بالعقودِ والفسوخ بشهادة الزُّورِ بغير علم القاضي، نافذٌ عند الإمام.

(٤) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٥١٣) وما بعدها، دار الفكر: (القضاءُ على الغائب هو جائزٌ)، وإنَّما تُسمَع الدَّعوى ويُقضى بها على الغائب (إن) بيَّنَ المُدَّعي ما يدَّعي به وقَدْرَه ونوعَهُ ووَصْفَه وقال: إنِّي أطالبُ بحقِّي، و(كان) للمدَّعي (بيِّنةٌ) ولو شاهداً ويميناً فيما يقضي فيه بهما. اهـ.

(٥) فإنَّه يقول: الشَّرطُ الإصرارُ على الإنكارِ إلى وقتِ القضاءِ، وهو ثابتٌ بعدَ غَيبتِهِ بالاستصحاب. عناية.

ويُقرِضُ القاضي أموالَ اليتامَى، ويَكتُبُ ذِكرَ الحَقِّ. وإنْ أقرَضَ الوَصيُّ ضَمِنَ.

ومَنْ يقومُ مَقامَهُ قد يكون نائباً بإنابتِهِ كالوكيل، أو بإنابةِ الشَّرعِ كالوصيِّ من جهةِ القاضي، وقد يكونُ حُكماً[1] بأن كان ما يدَّعي على الغائبِ سبباً لِما يدَّعيهِ على الحاضرِ، وهذا[2] في غير صورة في الكتب[3]، أمَّا إذا كان شَرطاً لحقِّه[4]، فلا مُعتَبَر به في جَعلِهِ خَصماً عن الغائب، وقد عُرِف تمامُهُ في الجامع.

قال: (ويُقرِضُ القاضي أموالَ اليتامَى، ويَكتُبُ ذِكرَ الحَقِّ)؛ لأنَّ في الإقراض مَصلَحَتَهُم لبقاءِ الأموالِ محفوظةً مضمونةً، والقاضي يَقدِر على الاستخراجِ والكتابةِ لِيَحفَظَه.

(وإنْ أقرَضَ الوَصيُّ ضَمِنَ)؛ لأنَّه لا يَقدِر على الاستخراج.

والأبُ[5] بمنزلةِ الوصيِّ في أصحِّ الرِّوايتين؛ لِعَجزِهِ عن الاستخراج.

---

(١) يعني: شخصاً يقوم مقامه حُكماً، أي: يكونُ قيامُهُ عنه حُكماً لأمرٍ لازِمٍ له. فتح.

(٢) أي: كونُ ما يدَّعِ على الغائب سبباً لما يدَّعيه على الحاضر.

(٣) ومن صوره وهي كثيرة: ادَّعى داراً في يد رجلٍ أنَّها مِلكُه، وأنكَرَ ذو اليدِ، فأقام البيِّنةَ أنَّها دارُهُ اشتراها من فلانٍ الغائب، وهو يَملِكُها، فإنَّه يقضي بها في حقِّ الحاضر والغائب؛ لأنَّ الشِّراء سببٌ لِثُبوت ما يدَّعيه على الحاضر؛ لأنَّ الشِّراءَ من المالك سببٌ لا مَحالةَ لِمِلكِه.

(٤) أي: أمَّا إذا كان ما يدَّعيه على الغائبِ شرطاً لحقِّ المدَّعي على الحاضر.
وصورته: قال لامرأته: «إن طلَّق فلانٌ امرأته فأنتِ طالقٌ»، فادَّعت أنَّ فلاناً طلَّق زوجته، وأقامت البيِّنةَ على ذلك، لا يُقضَى بوقوع الطَّلاق بها؛ لأنَّه ابتداءُ القضاءِ على الغائب.

(٥) أي: في إقراض مالِ الصغير.

باب التحكيم

وإذا حَكَّمَ رجلانِ رجلاً، فحَكَمَ بينهما ورَضِيَا بِحُكمِهِ جازَ، ولِكُلِّ واحدٍ من المُحَكِّمينَ أنْ يَرجِعَ ما لم يَحكُمْ عليهما، وإذا حَكَمَ لَزِمَهما، وإذا رُفِعَ حُكمُهُ إلى القاضي، فَوافَقَ مَذْهَبَهُ أمضاهُ، وإنْ خالَفَهُ أبطَلَهُ. ولا يَجوزُ التَّحكيمُ في الحُدُودِ والقِصاصِ. ....

(باب التحكيم)

(وإذا حَكَّمَ رجلانِ رجلاً، فحَكَمَ بينهما ورَضِيَا بِحُكمِهِ جازَ)؛ لأنَّ لهما ولايةً على أنفسهما، فصَحَّ تحكيمُهُما، ويَنفُذُ حُكمُهُ عليهما، وهذا إذا كان المُحكَّمُ بصفةِ الحاكمِ؛ لأنَّه بمنزلةِ القاضي فيما بينهما، فَيُشترطُ أهليَّةُ القضاء.

ولا يجوزُ تحكيمُ الكافرِ والعبدِ والذِّمِّيِّ والمَحدودِ في القَذفِ والفاسقِ والصَّبيِّ؛ لانعدامِ أهليَّةِ القضاءِ اعتباراً بأهليَّةِ الشَّهادةِ.

والفاسقُ إذا حُكِّم يجب أن يجوز عندنا كما مرَّ في المولَّى[1].

(ولِكُلِّ واحدٍ من المُحَكِّمينَ أنْ يَرجِعَ ما لم يَحكُمْ عليهما)؛ لأنَّه مقلَّدٌ من جهتهما، فلا يَحكُمُ إلَّا برضاهما جميعاً، (وإذا حَكَمَ لَزِمَهما) لِصُدُورِ حُكمِهِ عن ولايةٍ عليهما.

(وإذا رُفِعَ حُكمُهُ إلى القاضي، فَوافَقَ مَذْهَبَهُ أمضاهُ)؛ لأنَّه لا فائدةَ في نَقضِهِ، ثمَّ في إبرامِهِ على ذلك الوجه، (وإنْ خالَفَهُ أبطَلَهُ)؛ لأنَّ حُكمَهُ لا يَلزمُهُ لِعَدمِ التَّحكيم منه.

(ولا يَجوزُ التَّحكيمُ في الحُدُودِ والقِصاصِ)؛ لأنَّه لا ولايةَ لهما على دَمِهما، ولهذا لا يَملِكانِ الإباحةَ، فلا يُستباحُ برضاهما.

---

(١) أي: كما مرَّ في أول أدب القاضي أنَّ الفاسق لا ينبغي أن يُقلَّد القضاءَ، وكذا ينبغي أن لا يُحكَّم.

ويَجوزُ أنْ يَسمَعَ البيِّنَةَ ويَقضيَ بالنُّكولِ وكذا بالإقرارِ. وحُكْمُ الحاكِمِ لأبَوَيهِ وزَوجتِهِ ووَلَدِهِ باطلٌ، والمُولَّى والمُحَكَّمُ فيه سواءٌ.

قالوا: وتَخصيصُ الحُدودِ والقِصاصِ يَدلُّ على جَوازِ التَّحكيمِ في سائرِ المُجتَهَداتِ، كالطَّلاقِ والنِّكاحِ وغَيرِهما، وهو صحيحٌ إلَّا أنَّه لا يُفتَى به، ويقال: يُحتاجُ إلى حُكمِ المُولَّى، دَفعاً لِتَجاسُرِ العوامِّ فيه.

وإنْ حَكَّماه في دمِ خطإٍ، فقَضَى بالدِّية على العاقلةِ، لم يَنفُذْ حكمُهُ؛ لأنَّه لا ولايةَ له عليهم، إذ لا تحكيمَ من جِهَتهم.

ولو حَكَمَ على القاتل بالدِّيةِ في مالِهِ ردَّهُ القاضي، ويقضي بالدِّيةِ على العاقلةِ؛ لأنَّه مُخالِفٌ لرأيه ومُخالِفٌ للنَّصِّ أيضاً، إلَّا إذا ثبتَ القتلُ بإقرارِهِ؛ لأنَّ العاقلة لا تَعقِلُه.

(ويَجوزُ أنْ يَسمَعَ البيِّنَةَ ويَقضيَ بالنُّكُولِ وكذا بالإقرارِ)؛ لأنَّه حكمٌ موافقٌ للشَّرعِ. ولو أَخبَرَ[1] بإقرارِ أحدِ الخَصمينِ، أو بعدالةِ الشُّهودِ، وهما على تَحكيمِهِما، يُقبَلُ قولُهُ لأنَّ الولايةَ قائمةٌ. ولو أخبَرَ بالحكمِ لا يُقبلُ قولُهُ؛ لانقضاءِ الولايةِ، كقول المُولَّى بعد العزل.

(وحُكْمُ الحاكِمِ لأبَوَيهِ وزَوجتِهِ ووَلَدِهِ باطلٌ، والمُولَّى والمُحَكَّمُ فيه سواءٌ)، وهذا لأنَّه لا تُقبَل شهادتُهُ لهؤلاء؛ لِمَكان التُّهمةِ، فكذلك لا يصحُّ القضاءُ لهم، بخلاف ما إذا حَكَم عليهم؛ لأنَّه تُقبَل شهادتُهُ عليهم لانتفاءِ التُّهمةِ، فكذا القضاء.

ولو حَكَّما رجلين لا بدَّ من اجتماعِهِما؛ لأنَّه أمرٌ يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: المحكَّم.

مسائلُ شتَّى من كتاب القضاء

وإذا كانَ عُلْوٌ لِرَجُلٍ وسُفْلٌ لآخَرَ، فَلَيسَ لِصاحِبِ السَّفلِ أنْ يَتِّدِ فيه وَتِداً، ولا يَنقُبُ فيه كُوَّةً عند أبي حنيفة، وقالا: يَصْنَعُ ما لا يَضُرُّ بِالعُلْوِ. وإذا كانت زائغةٌ مستطيلةٌ تَنشَعِبُ منها زائغةٌ مُستطِيلَةٌ، وهي غيرُ نافِذَةٍ، فليسَ لأهلِ الزَّائغةِ الأولى أنْ يَفتَحُوا باباً في الزَّائغةِ القُصوى، ....

(مسائلُ شتَّى من كتاب القضاء)

قال: (وإذا كانَ عُلْوٌ لِرَجُلٍ وسُفْلٌ لآخَرَ، فَلَيسَ لِصاحِبِ السَّفلِ أنْ يَتِّدِ فيه وَتِداً، ولا يَنقُبُ فيه كُوَّةً عند أبي حنيفة)، معناه: بغير رضا صاحِبِ العُلْو.

(وقالا: يَصْنَعُ ما لا يَضُرُّ بِالعُلْوِ)، وعلى هذا الخلافِ إذا أرادَ صاحبُ العُلوِ أن يَبني على عُلْوِه.

قيل: ما حُكِي عنهما تفسيرٌ لقول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، فلا خِلافَ.

وقيل: الأصلُ عندهما الإباحةُ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ في مِلكِه، والمِلكُ يَقتضي الإطلاقَ، والحُرمةُ بعارِضِ الضَّرر، فإذا أشكَلَ لم يَجُزِ المنعُ. والأصلُ عنده الحَظْرُ؛ لأنَّه تصرُّفٌ في محلٍّ تعلَّق به حقٌّ محتَرَمٌ للغير، كحقِّ المُرتَهِن والمستأجِرِ[1]. والإطلاقُ بعارضٍ[2]، فإذا أشكلَ لا يزولُ المَنعُ على أنَّه لا يَعرى عن نوعِ ضَررٍ بالعُلوِ، مِنْ تَوهِينِ بناءٍ أو نَقضِهِ، فَيُمنَعُ عنه.

قال: (وإذا كانت زائغةٌ مستطيلةٌ[3] تَنشَعِبُ منها زائغةٌ مُستطِيلَةٌ، وهي غيرُ نافِذَةٍ، فليسَ لأهلِ الزَّائغةِ الأولى أنْ يَفتَحُوا باباً في الزَّائغةِ القُصوى)؛ لأنَّ فَتْحَه للمرور،

---

(١) حيثُ يُمنَع كلٌّ من الرَّاهن والمالك من التَّصرُّف في المرهون والمُستأجَرِ.

(٢) وإطلاقُ التَّصرُّف بعارض عدم الضَّرر.

(٣) في التَّهذيب: «الزَّائغة» الطَّريقُ الذي حادَ عن الطَّريق الأعظم. اهـ، من زاغت الشَّمس إذا مالت، و«المستطيلة» الطَّويلةُ، من استطال بمعنى طال، أفاده في البحر.

وإنْ كانت مُستدِيرَةً قَدْ لُزِقَ طَرَفاها، فلهم أنْ يَفْتَحُوا باباً. ومَنِ ادَّعَى في دارٍ دَعْوَى وأنْكَرَها الذي هي في يَدِهِ، ثمَّ صالَحَهُ منها، فهو جائِزٌ، وهي مسألةُ الصُّلحِ على الإنكار. ومَنِ ادَّعَى داراً في يَدِ رَجُلٍ أنَّهُ وَهَبَها لَهُ في وَقتِ كذا، فَسُئِلَ البَيِّنةَ، فقال: جَحَدَنِي الهِبَةَ فاشْتَرَيتُها منه، وأقامَ المُدَّعي البَيِّنةَ على الشِّراءِ قبلَ الوَقتِ الذي يَدَّعِي فيه الهِبَةَ، لا تُقبَلُ بَيِّنتُهُ. ....

ولا حقَّ لهم في المرور؛ إذْ هو لأهلها خُصوصاً، حتَّى لا يكونُ لأهلِ الأولى فيما بِيعَ فيها حقُّ الشُّفعةِ، بخلاف النَّافذةِ لأنَّ المُرورَ فيها حقُّ العامَّة.

قيل: المنعُ من المُرورِ لا مِنْ فَتحِ الباب؛ لأنَّه رفعُ بعضِ جِدارِهِ.

والأصحُّ أنَّ المَنعَ من الفتحِ؛ لأنَّ بعد الفَتحِ لا يُمكِنُهُ المنعُ من المرور في كلِّ ساعة. ولأنَّه عَساه يدَّعي الحَقَّ في القُصوى بتركيبِ الباب.

(وإنْ كانت[1] مُستدِيرَةً قَدْ لُزِقَ طَرَفاها، فلهم أنْ يَفْتَحُوا باباً)؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهم حقُّ المرورِ في كلِّها، إذ هي ساحةٌ مُشتَرَكةٌ، ولهذا يَشترِكون في الشُّفعةِ إذا بِيعَت دارٌ منها.

قال: (ومَنِ ادَّعَى في دارٍ دَعْوَى وأنْكَرَها الذي هي في يَدِهِ، ثمَّ صالَحَهُ منها، فهو[2] جائِزٌ، وهي مسألةُ الصُّلحِ على الإنكار)، وسنذكرُها في الصُّلحِ إن شاء الله تعالى.

والمُدَّعَى وإنْ كان مَجهولاً، فالصُّلحُ على معلومٍ عن مَجهولٍ جائزٌ عندنا؛ لأنَّه جهالةٌ في السَّاقط، فلا تُفضي إلى المنازعة على ما مَرَّ.

قال: (ومَنِ ادَّعَى داراً في يَدِ رَجُلٍ أنَّهُ وَهَبَها لَهُ في وَقتِ كذا، فَسُئِلَ البَيِّنةَ، فقال: جَحَدَنِي الهِبَةَ فاشْتَرَيتُها منه، وأقامَ المُدَّعي البَيِّنةَ على الشِّراءِ قبلَ الوَقتِ الذي يَدَّعِي فيه الهِبَةَ، لا تُقبَلُ بَيِّنتُهُ)؛ لِظُهور التَّناقضِ، إذ هو يدَّعي الشِّراءَ بعد

---

(١) أي: الزَّائغة القصوى.

(٢) أي: الصُّلح.

ومَنْ قالَ لآخرَ: «اشتريتَ منِّي هذِهِ الجارِيَةَ» فأنكرَ الآخرُ، إنْ أجمَعَ البائعُ على تَركِ الخُصُومةِ وَسِعَهُ أنْ يَطأها. ومَنْ أقرَّ أنَّهُ قَبَضَ مِن فُلانٍ عَشَرَةَ دراهمَ، ثمَّ ادَّعى أنَّها زُيُوفٌ، صُدِّقَ. ....

الهبةِ، وهم يَشهدونَ به قبْلَها، ولو شَهِدوا به بعدَها تُقبَلُ لِوُضوح التَّوفيق.

ولو كان ادَّعى الهبةَ ثمَّ أقامَ البيِّنةَ على الشِّراءِ قبلَها، ولم يَقُلْ: «جَحَدَني الهبةَ فاشْتَرَيتُها» لم تُقبَلْ أيضاً، ذكَرَهُ في بعض النُّسخ؛ لأنَّ دعوى الهبةِ إقرارٌ منه بالمِلْك لِلواهب عندها، ودعوى الشِّراءِ رجوعٌ عنه، فَعُدَّ مُناقِضاً، بخلاف ما إذا ادَّعى الشِّراءَ بعد الهبةِ؛ لأنَّه تقرَّر مِلكُه عندها.

(ومَنْ قالَ لآخرَ: «اشتريتَ منِّي هذِهِ الجارِيَةَ» فأنكرَ الآخرُ، إنْ أجمَعَ البائعُ على تَركِ الخُصُومةِ وَسِعَهُ أنْ يَطأها)؛ لأنَّ المشتري لمَّا جَحَدَه كان فسخاً من جهتِهِ؛ إذِ الفسخُ يَثبُتُ به كما إذا تَجاحَدا، فإذا عزَمَ البائعُ على تَركِ الخصومةِ تمَّ الفسخُ. وبِمُجرَّد العَزمِ وإنْ كان لا يَثبُتُ الفَسخُ، فقدِ اقترنَ بالفعلِ، وهو إمساكُ الجاريةِ ونَقلُها وما يُضاهيهِ[1]. ولأنَّه لمَّا تعذَّرَ استيفاءُ الثَّمنِ من المشتري، فاتَ رضا البائعِ، فَيستبِدُّ بفسخِهِ.

قال: (ومَنْ أقرَّ أنَّهُ قَبَضَ مِن فُلانٍ عَشَرَةَ دراهمَ، ثمَّ ادَّعى أنَّها زُيُوفٌ، صُدِّقَ)، وفي بعض النُّسخ «اقتَضى»، وهو عبارةٌ عن القَبضِ أيضاً.

ووجهه: أنَّ الزُّيوفَ من جنسِ الدَّراهم، إلَّا أنَّها مَعيبةٌ، ولهذا[2] لو تَجَوَّز به في الصَّرفِ والسَّلَم جازَ[3]، والقبضُ لا يَختصُّ بالجياد، فَيُصدَّقُ لأنَّه أنكرَ قبضَ حقِّه، بخلاف ما إذا أقرَّ أنَّه قبَضَ الجيادَ أو حقَّه أو الثَّمنَ أو استوفى؛ لإقرارِهِ بقَبضِ الجيادِ صريحاً أو دلالةً، فلا يُصدَّقُ.

---

(١) أي: وما يشابه ذلك من الأفعال، كالكتابة والعرضِ للبيعِ والاستخدام.

(٢) أي: ولكون الزُّيوف من جنس الدَّراهم.

(٣) ولو لم تكن الزُّيوف من جنس الدَّراهم كان التَّجويزُ استبدالاً، وهو فيهما لا يجوز كما تقدَّم.

وَمَنْ قال لآخَرَ: «لكَ عَلَيَّ ألفُ دِرهَم»، فقال: «ليس لي عليكَ شيءٌ»، ثُمَّ قال في مكانِهِ: «بلْ لي عليكَ ألفُ دِرهَم» فليس عليه شيءٌ. ومَنِ ادَّعَى على آخَرَ مالاً فقال: «ما كانَ لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ»، فأقامَ المُدَّعي البيِّنةَ على ألف، وأقام هو البيِّنةَ على القضاء، قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ. ....

والنَّبهرَجةُ كالزُّيوفِ، وفي السَّتُّوقةِ لا يُصَدَّقُ لأنَّه ليس من جنسِ الدَّراهم، حتَّى لو تَجَوَّزَ به فيما ذكرنا لا يجوز.

والزَّيفُ ما زَيَّفَه بيتُ المال[1]، والنَّبهرَجةُ ما يَرُدُّهُ التُّجّار، والسَّتُّوقةُ ما يَغلِبُ عليه الغِشُّ.

قال: (وَمَنْ قال لآخَرَ: «لكَ عَلَيَّ ألفُ دِرهَم»، فقال: «ليس لي عليكَ شيءٌ»، ثَمَّ قال في مكانِهِ: «بلْ لي عليكَ ألفُ دِرهَم» فليس عليه شيءٌ)؛ لأنَّ إقرارَهُ هو الأوَّل، وقد ارتَدَّ بِرَدِّ المُقَرِّ له، والثَّاني دعوى فلا بدَّ من الحُجَّة أو تَصدِيقِ خَصمِهِ.

بخلاف ما إذا قال لغيره: «اشتريتَ» وأنكَرَ الآخَرُ، له[2] أن يُصدِّقَه، لأنَّ أحَدَ المتعاقِدَين لا يتفرَّدُ بالفسخ[3]، كما لا يتفرَّدُ بالعقد، والمعنى فيه: أنَّه[4] حقُّهما، فبقي العقدُ فعَمِلَ التَّصديقُ، أمَّا المُقَرُّ له[5] يتفرَّدُ بردِّ الإقرارِ، فافترقا.

قال: (وَمَنِ ادَّعَى على آخَرَ مالاً فقال: «ما كانَ لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ»، فأقامَ المُدَّعي البيِّنةَ على ألف، وأقام هو البيِّنةَ على القضاء، قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ)، وكذلك على الإبراء.

---

(١) أي: يردُّه، ولكن تأخُذُه التُّجّار في التِّجارات، ولا بأس بالشِّراء بها، ولكن يُبيِّن للبائع أنَّها زُيوف.
(٢) أي: للمُقَرِّ له.
(٣) أي: إنكار المقَرِّ له وإن كان فسخاً من جهته، إلَّا أنَّه لا يحصل به الانفساخ، ويبقى العقدُ قائما بعد إنكاره، فله أن يُصدِّقه بعد ذلك.
(٤) أي: الفسخ.
(٥) أي: أمَّا المُقَرُّ له بالمال في المسألة السابقة.

ولو قال: «ما كانَ لكَ علَيَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرِفُكَ» لم تُقبَلْ بيِّنتُهُ على القضاءِ. ومَنِ ادَّعى على آخَرَ أنَّهُ باعَهُ جارِيَتَهُ، فقال: «لم أَبِعْها مِنكَ قطُّ»، فأقامَ المُشتري البيِّنةَ على الشِّراءِ، فوَجَدَ بها أُصبُعاً زائدةً، فأقامَ البائعُ البيِّنةَ أنَّهُ بَرِئَ إليه مِنْ كلِّ عَيبٍ، لم تُقبَلْ بَيِّنةُ البائعِ. ....

وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: لا تُقبَل؛ لأنَّ القضاءَ يتلو الوجوبَ، وقد أنكَرَه فيكونُ مناقضاً.

ولنا: أنَّ التَّوفيقَ مُمكِنٌ؛ لأنَّ غيرَ الحقِّ قد يُقضَى ويُبرَأ منه دفعاً للخُصُومةِ والشَّغَب؛ ألا ترى أنَّه يقال: «قضى بباطل»، وقد يُصالِحُ على شيءٍ فَيَثبُتُ ثمَّ يُقضَى، وكذا إذا قال: «ليس لكَ عليَّ شيءٌ قطُّ»؛ لأنَّ التَّوفيقَ أظهر.

(ولو قال: «ما كانَ لكَ علَيَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرِفُكَ» لم تُقبَلْ بيِّنتُهُ على القضاءِ)، وكذا على الإبراءِ لِتَعذُّرِ التَّوفيقِ؛ لأنَّه لا يكونُ بين اثنينِ أخذٌ وإعطاءٌ، وقضاءٌ واقتضاءٌ، ومعاملةٌ ومصالحةٌ بدون المعرفة.

وذكر القُدوريُّ رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه تُقبَلُ أيضاً؛ لأنَّ المُحتَجِب أو المُخَدَّرةَ قد يُؤذَى بالشَّغَب على بابه، فيأمُرُ بعضَ وُكلائِهِ بإرضائِهِ ولا يَعرِفُه، ثمَّ يَعرِفُه بعد ذلك، فأمكن التَّوفيق.

قال: (ومَنِ ادَّعى على آخَرَ أنَّهُ باعَهُ جارِيَتَهُ، فقال: «لم أَبِعْها مِنكَ قطُّ» فأقامَ المُشتري البيِّنةَ على الشِّراءِ، فوَجَدَ بها أُصبُعاً زائدةً، فأقامَ البائعُ البيِّنةَ أنَّهُ بَرِئَ إليه مِنْ كلِّ عَيبٍ، لم تُقبَلْ بَيِّنةُ البائعِ)، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّها تُقبَلُ اعتباراً بما ذكرنا[1].

ووجهُ الظَّاهر: أنَّ شرطَ البراءةِ تَغييرٌ للعقدِ من اقتضاءِ وَصفِ السَّلامةِ إلى غيرِهِ، فيستدعي وجودَ البيعِ وقد أنكره فكان مُناقِضاً، بخلافِ الدَّينِ لأنَّه قد يُقضَى وإنْ كان

---

(١) أي: من صورة الدَّين المتقدِّمة، فإنَّه لو أنكرَهُ أصلاً ثمَّ أقامَ البيِّنةَ على القضاء أو الإبراءِ قُبِلت؛ لأنَّ غيرَ الحقِّ قد يُقضَى، فأمكَنَ التَّوفيقَ، فكذلك يجوز هاهنا أن يقول: لم يكن بيننا بيعٌ، لكنَّهُ لمَّا ادَّعى عليَّ البيعَ سألتُهُ أن يُبرِئني من العيب فأبرأني. عناية.

ذِكْرُ حَقٍّ كَتَبَ في أسفَلِهِ: «وَمَنْ قامَ بهذا الذِّكرِ الحَقِّ فهو وَلِيُّ ما فيه إنْ شاءَ اللهُ تعالى»، أو كَتَبَ في شراءٍ: «فَعَلَى فُلانٍ خَلاصُ ذلك وتَسلِيمُهُ إنْ شاءَ الله تعالى» بطَلَ الذِّكرُ كلُّهُ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: «إنْ شاءَ اللهُ تعالى» هو على الخَلاصِ، وعلى مَن قامَ بِذِكْرِ الحَقِّ، وقولُهما استحسانٌ، ذَكَرَه في الإقرار.

باطلاً، على ما مرَّ[1].

قال: (ذِكْرُ حَقٍّ[2] كَتَبَ في أسفَلِهِ: «وَمَنْ قامَ بهذا الذِّكرِ الحَقِّ فهو وَلِيُّ ما فيه إنْ شاءَ اللهُ تعالى»[3]، أو كَتَبَ في شراءٍ[4]: «فَعَلَى فُلانٍ خَلاصُ ذلك وتَسلِيمُهُ إنْ شاءَ الله تعالى» بطَلَ الذِّكرُ كلُّهُ[5]، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقالا: «إنْ شاءَ اللهُ تعالى» هو على الخَلاصِ وعلى مَن قامَ بِذِكْرِ الحَقِّ[6]، وقولُهما استحسانٌ، ذَكَرَه في الإقرار)؛ لأنَّ الاستثناءَ يَنصرِفُ إلى ما يليه؛ لأنَّ الذِّكرَ[7] للاستيثاق، وكذا الأصلُ في الكلامِ الاستبداد.

وله: أنَّ الكلَّ كشيءٍ واحدٍ بِحُكم العطفِ، فَيُصرفُ إلى الكلِّ كما في الكلمات المعطوفةِ، مِثلُ قوله: «عبدُهُ حرٌّ وامرأتُهُ طالقٌ وعليه المشيُ إلى بيتِ الله تعالى إن شاء الله تعالى»[8]. ولو تركَ فُرجةً قالوا: لا يَلتحِقُ به ويصيرُ كفاصِلِ السُّكوتِ، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: عند قوله: «لأنَّ غير الحقِّ قد يقضى».

(٢) قوله: «ذِكرُ حقٍّ» أي: صكٌّ كتَبَ فيه إقراراً على نفسه بدين.

(٣) أراد بذلك: مَنْ أخرج هذا الصَّكَّ وطَلَبَ ما فيه من الحَقِّ، فلهُ ولايةُ ذلكَ إن شاء الله تعالى. عناية.

(٤) أي: كتب في صَكِّ شراءٍ: «وما أدركَ فلاناً المشتري من الدَرَكِ فعلى فلانٍ خَلاصُهُ إن شاء الله». فتح.

(٥) أي: يبطل الصَّكُّ كلُّه، حتى يبطل الدَّين في الأوَّل، والشِّراء في الثَّاني.

(٦) أي: عندهما كلٌّ مِنَ الدَّين والشِّراء صحيحٌ، وقوله: «إن شاء الله» ينصرفُ إلى ما يليه.

(٧) أي: الصَّكُّ يُكتب.

(٨) فإنَّه ينصرف إلى الجميع، ولا شيءَ عليه.

فصل في القضاء بالمواريث

وإذا ماتَ نَصْرانيٌّ فجاءَتِ امرأتُهُ مُسلِمَةً وقالت: «أسلَمْتُ بعدَ مَوتِهِ»، وقالتِ الوَرَثةُ: «أسلَمَتْ قبلَ مَوتِهِ» فالقَولُ قَولُ الوَرثِةِ. ولو ماتَ المُسلِمُ وله امرأةٌ نَصرانيَّةٌ، فجاءت مُسلِمةً بعدَ مَوتِهِ وقالت: «أسلمتُ قبلَ موتِهِ»، وقالت الورثةُ: «أسلمتِ بعدَ موتِهِ»، فالقولُ قولُهُم أيضاً. ومَنْ ماتَ ولَهُ في يَدِ رَجلٍ أربعةُ آلافِ دِرهَم وَدِيعةً، فقال المُستَودَعُ: «هذا ابنُ المَيتِ لا وارِثَ لَهُ غَيرُهُ» فإنَّهُ يَدفَعُ المالَ إليه. ....

(فصل في القضاء بالمواريث)

قال: (وإذا ماتَ نَصْرانيٌّ فجاءَتِ امرأتُهُ مُسلِمَةً وقالت: «أسلَمْتُ بعدَ مَوتِهِ»، وقالتِ الوَرَثةُ: «أسلَمَتْ قبلَ مَوتِهِ» فالقَولُ قَولُ الوَرثِةِ)، وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: القولُ قولُها؛ لأنَّ الإسلامَ حادثٌ، فيُضاف إلى أقربِ الأوقاتِ.

ولنا: أنَّ سببَ الحِرْمانِ ثابتٌ في الحال، فَيَثبُتُ فيما مضى تَحكيماً للحال، كما في جَرَيانِ ماءِ الطَّاحونةِ، وهذا ظاهرٌ نَعتَبِرُه للدَّفع؛ وما ذكره يَعتَبِرُه للاستحقاق.

(ولو ماتَ المُسلِمُ وله امرأةٌ نَصرانيَّةٌ، فجاءت مُسلِمةً بعدَ مَوتِهِ وقالت: «أسلمتُ قبلَ موتِهِ»، وقالت الورثةُ: «أسلمتِ بعدَ موتِهِ»، فالقولُ قولُهُم أيضاً)، ولا يُحَكَّمُ الحالُ؛ لأنَّ الظَّاهرَ لا يَصلُحُ حُجَّةً للاستحقاق، وهي مُحتاجةٌ إليه، أمَّا الورثةُ فهم الدَّافعونَ ويَشهَدُ لهم ظاهرُ الحُدوثِ أيضاً.

قال: (ومَنْ ماتَ ولَهُ في يَدِ رَجلٍ أربعةُ آلافِ دِرهَم وَدِيعةً، فقال المُستَودَعُ: «هذا ابنُ المَيتِ لا وارِثَ لَهُ غَيرُهُ» فإنَّهُ يَدفَعُ المالَ إليه)؛ لأنَّه أَقرَّ أنَّ ما في يده حقُّ الوارثِ خِلافَةً، فصار كما إذا أَقرَّ أنَّهُ حَقُّ المُورِّثِ، وهو حيٌّ أصالةً.

بخلافِ ما إذا أَقرَّ لرجلٍ أنَّه وكيلُ المُودِعِ بالقَبضِ، أو أنَّه اشتراهُ منه، حيثُ لا يُؤمَرُ بالدَّفع إليه؛ لأنَّه أقرَّ بقيامِ حقِّ المُودِعِ إذ هو حيٌّ، فيكونُ إقراراً على مالِ الغيرِ، ولا كذلك بعد موتِهِ.

فلو قال المُودَعُ لآخَرَ: «هذا ابنُه أيضاً»، وقال الأوَّلُ: ليس له ابنٌ غيري» قَضَى بالمالِ لِلأَوَّلِ. وإذا قَسَمَ المِيراثَ بينَ الغُرَماءِ والوَرَثةِ، فإنَّهُ لا يُؤخَذُ منهم كَفيلٌ ولا مِنْ وارثٍ، وهذا شيءٌ احتاطَ بهِ بعضُ القُضاةِ، وهو ظُلْمٌ. ....

بخلافِ المديونِ إذا أقرَّ بتوكيلِ غَيرِهِ بالقَبضِ[1]؛ لأنَّ الدُّيونَ تُقضَى بأمثالِها، فيكونُ إقراراً على نفسِهِ، فَيُؤمَر بالدَّفع إليه.

(فلو قال المُودَعُ لآخَرَ: «هذا ابنُه أيضاً»، وقال الأوَّلُ[2]: ليس له ابنٌ غيري» قَضَى بالمالِ لِلأوَّلِ)؛ لأنَّه لمَّا صحَّ إقرارُهُ للأوَّلِ انقطَعَ يدُهُ عن المال، فيكونُ هذا إقراراً على الأوَّلِ، فلا يصحُّ إقرارُهُ للثاني، كما إذا كان الأوَّلُ ابناً معروفاً، ولأنَّه حين أقرَّ للأوَّل لا مُكذِّب له، فصَحَّ، وحين أقرَّ للثَّاني له مُكذِّبٌ فلم يصحَّ.

قال: (وإذا قَسَمَ المِيراثَ بينَ الغُرَماءِ والوَرَثةِ، فإنَّهُ لا يُؤخَذُ منهم كَفيلٌ ولا مِنْ وارثٍ، وهذا شيءٌ احتاطَ بهِ بعضُ القُضاةِ، وهو ظُلْمٌ)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ. وقالا: يُؤخَذُ الكفيلُ[3]، والمسألةُ فيما إذا ثبَتَ الدَّينُ والإرثُ بالشَّهادة، ولم يَقلِ الشُّهودُ لا نعلَمُ له وارثاً غيره[4].

لهما: أنَّ القاضي ناظرٌ لِلغُيَّبِ[5]، والظَّاهرُ أنَّ في التَّركةِ وارثاً غائباً أو غَريماً غائباً؛ لأنَّ الموتَ قد يقع بَغتةً فَيُحتاط بالكفالة، كما إذا دفَعَ[6] الآبقَ واللُّقَطةَ

---

(١) أي: بخلاف المديون إذا أقرَّ لرجلٍ أنَّه وكيلُ الدَّائن بِقَبضِ ما لَهُ عليه.
(٢) أي: الابن الأول.
(٣) أي: لا يدفع لهم المالَ حتَّى يأخذ الكفيل.
(٤) أمَّا إذا ثبتا بالإقرار فيؤخَذُ الكفيلُ بالاتِّفاق، وإذا قال الشُّهود: «لا نعلَمُ له وارثاً غيره» لا يُكفَل بالاتِّفاق. فتح.
(٥) أي: مأمور بالنَّظر لكلٍّ من عجز عن النَّظر لنفسه.
(٦) أي: القاضي.

إلى صاحِبِه[1]، أو أعطى امرأةَ الغائبِ النَّفقَةَ من مالِهِ[2].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ حقَّ الحاضِرِ ثابتٌ قطعاً[3] أو ظاهراً[4]، فلا يُؤخَّرُ[5] لِحَقٍّ موهومٍ إلى زمانِ التَّكفيلِ، كمَنْ أثبَتَ الشِّراءَ مِمَّن في يدِهِ، أو أثبَتَ الدَّينَ على العبدِ حتَّى بِيعَ في دَينِهِ، لا يُكفَلُ[6]، ولأنَّ المكفولَ له مجهولٌ، فصار كما إذا كَفَل لأحدِ الغُرَماءِ.

بخلافِ النَّفقةِ؛ لأنَّ حقَّ الزَّوجِ ثابتٌ، وهو[7] معلومٌ. وأمَّا الآبِقُ واللُّقَطةُ ففيه روايتان، والأصحُّ أنَّه على الخلاف.

وقيل: إنْ دَفَعَ بعلامةِ اللُّقَطةِ أو إقرارِ العبدِ يَكفُلُ بالإجماع، لأنَّ الحقَّ غيرُ ثابت[8]، ولهذا كان له أن يَمنَع.

وقوله: «ظلم» أي: مَيلٌ عن سواء السَّبيل، وهذا يَكشِفُ عن مذهبه رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ المُجتهِدَ يُخطِئُ ويُصيبُ، لا كما ظنَّه البعض.

---

(١) فإنَّه يأخذ منه كفيلاً، وذلك لأنَّ القاضي مأمور بالنَّظر لكلٍّ من عجز عن النَّظر لنفسه.

(٢) وذلك إذا كان للزَّوج الغائبِ وديعةٌ في يدِ رجلٍ مقرٍّ لها بالزَّوجيَّةِ، فالقاضي يعطيها من الوديعة ويأخذ كفيلا. فتح بتصرف.

(٣) فيما إذا كان القاضي يعرف يقيناً أنَّه لا وارث للميت غير الحاضر.

(٤) وذلك إن كان له وارثٌ آخَرُ في الواقع لم يظهر عند الحاكم، فإنَّه ليس بمكلَّفٍ بإظهارِهِ، بل بما ظهَرَ عنده من الحُجَّة، فكان العملُ بالظَّاهرِ واجباً عليه. عناية.

(٥) أي: حقُّ الحاضر.

(٦) أي: لا يؤخَذ الكفيل من المشتري الذي أثبت شراءه بالبيِّنة، وكذا لا يؤخذُ الكفيل من ربّ الدَّين الذي أثبت دينه على العبد.

(٧) أي: الزَّوج.

(٨) بمعنى أنَّ العلامة وإقرارَ العبد، كلٌّ منهما لا يوجِب الاستحقاق.

وإذا كانتِ الدَّارُ في يدِ رَجلٍ، وأقامَ الآخَرُ البيِّنةَ أنَّ أباه ماتَ وتَركَها مِيراثاً بينَهُ وبينَ أخيهِ فُلانٍ الغائبِ، قُضِيَ له بالنِّصفِ وتُرِكَ النِّصفُ الآخَرُ في يدِ الذي هي في يدِهِ، ولا يُستَوثَقُ منه بكفيلٍ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إنْ كان الذي هي في يَدِهِ جاحداً أُخِذَ منه وجُعِلَ في يدِ أمينٍ، وإنْ لم يَجْحَدْ تُرِكَ في يَدِهِ. ....

قال: (وإذا كانتِ الدَّارُ في يدِ رَجلٍ، وأقامَ الآخَرُ البيِّنةَ أنَّ أباه ماتَ وتَركَها مِيراثاً بينَهُ وبينَ أخيهِ فُلانٍ الغائبِ، قُضِيَ له بالنِّصفِ وتُرِكَ النِّصفُ الآخَرُ في يدِ الذي هي في يدِهِ، ولا يُستَوثَقُ منه بكفيلٍ، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقالا: إنْ كان الذي هي في يَدِهِ جاحداً أُخِذَ منه وجُعِلَ في يدِ أمينٍ، وإنْ لم يَجْحَدْ تُرِكَ في يَدِهِ)، لهما: أنَّ الجاحدَ خائنٌ فلا يُترَكُ المالُ في يده، بخلاف المُقِرِّ؛ لأنَّه أمين.

وله: أنَّ القضاءَ وقع للميتِ مَقصوداً، واحتمالُ كونِهِ مُختارَ المَيتِ ثابتٌ، فلا تُنقَضُ يدُهُ كما إذا كان مُقِرّاً، وجُحودُهُ قد ارتفَعَ بقضاءِ القاضي، والظَّاهرُ عدَمُ الجُحودِ في المُستقبَلِ لِصَيرورَةِ الحادثةِ مَعلُومةً له وللقاضي.

ولو كانت الدَّعوى في مَنقولٍ؟، فقد قيل: يُؤخَذُ منه بالاتِّفاق؛ لأنَّه يحتاجُ فيه إلى الحفظِ، والنَّزعُ أبلَغُ فيه[1]، بخلافِ العقارِ؛ لأنَّها مُحصَّنةٌ بنفسها، ولهذا يَملِكُ الوصيُّ بيعَ المَنقولِ على الكبيرِ الغائبِ دونَ العقارِ، وكذا حُكمُ وَصيِّ الأمِّ والأخِ والعَمِّ على الصَّغير[2].

وقيل: المنقولُ على الخِلاف أيضاً، وقولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ فيه أظهَرُ لحاجتِهِ إلى الحفظ.

وإنَّما لا يُؤخَذُ الكفيلُ[3]، ....

(١) أي: أخذُ المنقول أبلغُ في حفظه.

(٢) خصَّهم بالذِّكر؛ لأنَّه ليس لهم ولايةُ التَّصرُّفِ، ولهم ولايةُ الحِفْظ، وهذا من بابه. عناية.

(٣) راجعٌ إلى قوله: «ولا يَستوثِقُ منه بكفيل». عناية.

ومَنْ قال: «مالي في المَساكينِ صَدَقةٌ» فهو على ما فيه الزَّكاةُ، وإنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ فهو على كلِّ شيءٍ، ....

لأنَّه[1] إنشاءُ خُصومةٍ، والقاضي إنَّما نُصِبَ لِقَطعِها لا لإنشائها.

وإذا حَضَر الغائبُ لا يحتاجُ إلى إعادةِ البيِّنةِ، ويُسلَّمُ النِّصفُ إليه بذلك القضاءِ؛ لأنَّ أحدَ الورثةِ يَنتصِبُ خَصماً عن الباقين فيما يُستحقُّ له[2] وعليه، ديناً كان أو عيناً؛ لأنَّ المَقضيَّ له وعليه إنَّما هو الميت في الحقيقةِ، وواحِدٌ من الورثةِ يَصلُحُ خليفةً عنه في ذلك.

بخلافِ[3] الاستيفاءِ لنفسِهِ؛ لأنَّه عاملٌ فيه لنفسِهِ فلا يَصلُحُ نائباً عن غيره، ولهذا[4] لا يَستوفي إلَّا نصيبَهُ، وصار كما إذا قامتِ البيِّنةُ بدَينِ المَيتِ، إلَّا[5] أنَّه إنَّما يثبُتُ استحقاقُ الكلِّ على أحدِ الورثةِ إذا كان الكلُّ في يدِهِ. ذكَرَه في الجامع؛ لأنَّه لا يكونُ خصماً بدونِ اليدِ، فيَقتصِرُ القضاءُ على ما في يده.

قال: (ومَنْ قال: «مالي في المَساكينِ صَدَقةٌ» فهو على ما فيه الزَّكاةُ[6]، وإنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ فهو على كلِّ شيءٍ).

---

(١) أي: لأنَّ أخذَ الكفيل.

(٢) أي: للميت.

(٣) جواب عن سؤال تقديره: لو صَلُح أحدُهُم للخلافةِ لَكان كالميتِ وجازَ له استيفاءُ الجميعِ كالميت، لكن لا يُدفَع إليه سوى نَصيبِهِ بالإجماع. عناية.

(٤) أي: ولأجل كونِ العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائباً عن غيره.

(٥) استثناءٌ من قوله: «لأنَّ أحد الورثة يَنتصِبُ خصماً» إلى قوله: «له وعليه»، يعني: أنَّه لو ادَّعى أحدٌ على أحدِ الورثةِ دَيناً على الميت، يكونُ خَصماً عن جَميعِ الدَّينِ، إن كان جميعُ التَّركةِ بيدِهِ، وإلَّا كان خصماً عمَّا في يده. عناية.

(٦) أي: يجب عليه أن يتصدَّقَ بجميع ما يَملِكُه من أجناسِ الأموالِ التي يجب فيها الزَّكاة، كالنَّقدين والسَّوائم وأموال التِّجارة، وإن لم تبلغ النِّصاب.

ثمَّ إذا لم يَكُنْ لَهُ مالٌ سِوَى ما دَخَلَ تحتَ الإيجابِ، يُمسِكُ مِنْ ذلكَ قُوتَهُ، ثمَّ إذا أصابَ شيئاً تَصَدَّقَ بِمِثْلِ ما أمسَكَ. ....

والقياسُ[1] أنْ يَلزمَهُ التَّصدُّقُ بالكلِّ، وبه قال زفر رَحِمَهُ اللهُ؛ لعموم اسمِ المالِ كما في الوصيَّة.

وجهُ الاستحسان: أنَّ إيجابَ العبدِ مُعتَبَرٌ بإيجابِ اللهِ تعالى، فَيَنصرِفُ إيجابُهُ إلى ما أوجَبَ الشَّارعُ فيه الصَّدقةَ من المال.

أمَّا الوصيَّةُ فأُختُ المِيراثِ؛ لأنَّها خِلافةٌ كهي، فلا يَختَصُّ بمالٍ دونَ مالٍ، ولأنَّ الظَّاهرَ التزامُ الصَّدقةِ من فاضِلِ مالِهِ، وهو مالُ الزَّكاةِ، أمَّا الوصيَّةُ تقعُ في حالِ الاستغناءِ فَيَنصرِفُ إلى الكلِّ.

وتدخُلُ فيه الأرضُ العشريَّةُ عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّها سببُ الصَّدقةِ، إذ جِهةُ الصَّدقةِ في العُشريَّةِ راجحةٌ عنده، وعند محمد رَحِمَهُ اللهُ: لا تدخلُ لأنَّها سببُ المؤنةِ، إذْ جهةُ المؤنةِ راجحةٌ عنده، ولا تدخُلُ أرضُ الخراجِ بالإجماعِ؛ لأنَّه يتمحَّض مؤنةً.

ولو قال: «ما أملُكُه صدَقَةٌ في المساكين»، فقد قيل: يتناولُ كلَّ مالٍ؛ لأنَّه أعمُّ من لفظِ المال، والمُقيِّدُ إيجابُ الشَّرعِ، وهو مُختَصٌّ بلفظِ المالِ، فلا مُخصِّصَ في لفظِ المِلْكِ، فَبَقِي على العموم.

والصَّحيحُ أنَّهما[2] سواءٌ؛ لأنَّ المُلتَزَمَ باللَّفظين الفاضِلُ عن الحاجةِ، على ما مَرَّ[3].

(ثمَّ إذا لم يَكُنْ لَهُ مالٌ سِوَى ما دَخَلَ تحتَ الإيجابِ، يُمسِكُ مِنْ ذلكَ قُوتَهُ، ثمَّ إذا أصابَ شيئاً تَصَدَّقَ بِمِثْلِ ما أمسَكَ)؛ لأنَّ حاجتَهُ هذه مُقدَّمةٌ.

---

(١) أي: في الأوَّل.

(٢) أي: لفظ «مالي» و«ما أملك».

(٣) يريد وجهَ الاستحسانِ هذا. فتح.

وَمَنْ أُوصِيَ إليه ولَمْ يَعْلَم بالوِصايةِ حتَّى باعَ شيئاً مِنَ التَّركةِ، فهو وَصِيٌّ والبيعُ جائزٌ. ومَنْ أعلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالوَكالةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ. ولا يَكونُ النَّهيُ عنِ الوَكالةِ حَتَّى يَشهَدَ عندَهُ شاهِدانِ أو رَجلٌ عَدْلٌ. ....

ولم يُقدِّر محمَّدٌ بشيءٍ؛ لاختلافِ أحوالِ النَّاس فيه. وقيل: المُحترِفُ يُمسِكُ قُوتَهُ ليوم، وصاحبُ الغَلَّةِ لِشَهرٍ، وصاحبُ الضِّياع لِسَنةٍ، على حسَبِ التَّفاوتِ في مدَّةِ وُصُولِهم إلى المال، وعلى هذا صاحِبُ التِّجارةِ يُمسِكُ بِقَدْرِ ما يَرجِعُ إليه مالُهُ.

قال: (وَمَنْ أُوصِيَ إليه ولَمْ يَعْلَم بالوِصايةِ حتَّى باعَ شيئاً مِنَ التَّركةِ، فهو وَصِيٌّ والبيعُ جائزٌ)، ولا يَجوزُ بيعُ الوكيلِ حتَّى يعلَمَ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه لا يَجوزُ في الفَصلِ الأوَّل أيضاً؛ لأنَّ الوِصايةَ إنابةٌ بعدَ الموتِ، فَتُعتَبَرُ بالإنابةِ قبلَهُ، وهي الوَكالةُ.

ووجهُ الفَرقِ على الظَّاهر: أنَّ الوِصايةَ خِلافةٌ[1]؛ لإضافتِها إلى زمانِ بُطلانِ الإنابةِ، فلا يَتوقَّفُ على العِلمِ كما في تَصرُّفِ الوارث. أمَّا الوَكالةُ فإنابةٌ لقيامِ ولايةِ المَنُوبِ عنه، فيتوقَّفُ على العلم.

وهذا[2] لأنَّه لو توقَّفَ[3] على العِلمِ لا يفوتُ النَّظرِ لِقُدرةِ المُوكِّلِ، وفي الأوَّل يَفوتُ لِعَجزِ الموصي.

(وَمَنْ أعلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالوَكالةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ)؛ لأنَّه إثباتُ حقٍّ لا إلزامُ أمرٍ.

قال: (ولا يَكونُ النَّهيُ عنِ الوَكالةِ حَتَّى يَشهَدَ عندَهُ شاهِدانِ أو رَجلٌ عَدْلٌ)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وقالا: هو والأوَّلُ سواءٌ؛ لأنَّه من المعاملاتِ، وبالواحد فيها كفايةٌ.

---

(١) يعني: في التَّصرُّف عن الميت.

(٢) أي: توقُّف الوكالة على العلم دونَ الوِصاية.

(٣) عقدُ الوكالةِ على العلم.

وإذا باعَ القاضي أو أمينُهُ عبداً لِلغُرَماءِ وأخَذَ المالَ فضَاعَ، واستُحِقَّ العبدُ، لم يَضْمَنْ ويَرجِعُ المشتري على الغُرَماءِ. ....

وله: أنَّه[1] خبرٌ مُلزِمٌ، فيكونُ شهادةً من وجهٍ، فَيُشترطُ أحدُ شَطْرَيها، وهو العددُ أو العدالة، بخلاف الأوَّل[2]، وبخلافِ رسولِ المُوكِّلِ[3]؛ لأنَّ عبارتَهُ كعبارةِ المُرسِلِ للحاجة إلى الإرسال.

وعلى هذا الخلافِ: إذا أُخبِرَ المَولَى بجنايةِ عبدِهِ[4]، والشَّفيعُ[5]، والبِكرُ[6] والمُسلِمُ الذي لم يُهاجِر إلينا[7].

قال: (وإذا باعَ القاضي أو أمينُهُ عبداً لِلغُرَماءِ وأخَذَ المالَ فضَاعَ، واستُحِقَّ العبدُ، لم يَضْمَنْ)؛ لأنَّ أمينَ القاضي قائمٌ مَقامَ القاضي، والقاضي مَقامَ الإمامِ، وكُلُّ واحدٍ منهم لا يَلحَقُهُ ضَمانٌ، كي لا يتقاعَدَ النَّاسُ عن قَبولِ هذه الأمانةِ، فَتَضيعُ الحقوقُ، (ويَرجِعُ المشتري على الغُرَماءِ)؛ لأنَّ البيعَ واقعٌ لهم، فيرجعُ عليهم عندَ تَعذُّرِ الرُّجوعِ على العاقد، كما إذا كان العاقدُ مَحجوراً عليه، ولهذا يُباعُ بِطَلبِهِم.

---

(١) أي: العزل.

(٢) أي: التَّوكيل، فإنَّه لا إلزام فيه بوجه.

(٣) فإنَّ لا يشترط فيه شيءٌ من ذلك أيضاً. بناية.

(٤) أي: إذا أخبر المولى بجناية عبدِهِ اثنان أو واحدٌ عَدْلٌ، فتَصَرَّفَ فيه بعدَهُ بعتقٍ أو بيعٍ كان اختياراً منه للفداء، وإنْ أخبَرَهُ فاسقٌ وصدَّقَه فكذلك، وإلَّا فعلى الاختلافِ، عنده لا يكونُ اختياراً، خلافاً لهما. عناية.

(٥) أي: إذا أخبره اثنان أو عدلٌ بالبيع، فسَكَتَ سقطتْ، وإن أخبره فاسقٌ به وكذَّبه فعلى الاختلاف. عناية.

(٦) أي: إذا بلغها تزويجُ الولي فسكتت، فإنْ أخبرَها اثنانِ أو عدلٌ كان رِضاً بلا خلاف، وإن أخبرها فاسقٌ فعلى الاختلاف. عناية.

(٧) أي: إذا أخبره اثنان أو عدلٌ بما عليه من الفرائض لَزِمَتهُ، وبِتَركِها يجبُ عليه القضاءُ، وإن أخبره فاسقٌ وكذَّبه فعلى الاختلاف.

وإنْ أمَرَ القاضي الوَصِيَّ بِبَيعِهِ لِلغُرَماءِ، ثمَّ استُحِقَّ أو ماتَ قبلَ القَبضِ، وضاعَ المالُ، رَجَعَ المُشتري على الوَصِيِّ، ورَجَعَ الوَصِيُّ على الغُرماءِ.

(وإنْ أمَرَ القاضي الوَصِيَّ بِبَيعِهِ لِلغُرَماءِ، ثمَّ استُحِقَّ أو ماتَ قبلَ القَبضِ، وضاعَ المالُ، رَجَعَ المُشتري على الوَصِيِّ)؛ لأنَّه عاقدٌ نيابةً عن الميتِ وإنْ كان بإقامة القاضي عنه، فصار[1] كما إذا باعه بنفسه.

قال: (ورَجَعَ الوَصِيُّ على الغُرماءِ)؛ لأنَّه عاملٌ لهم، وإنْ ظهَرَ للميت مالٌ يَرجِعُ الغريمُ فيه بدَينِهِ.

قالوا: ويجوز أن يقالَ: يرجعُ بالمائةِ التي غَرِمَها أيضاً؛ لأنَّه لَحِقَه في أمرِ الميت.

والوارثُ إذا بِيعَ له بمنزلةِ الغَريمِ؛ لأنَّه إذا لم يكن في التَّركةِ دَينٌ كان العاقِدُ عاملاً له.

---

(١) أي: فصار كما إذا باعه الميتُ بنفسه حال حياته، فترجع الحقوقُ عليه، فكذا هنا؛ لأنَّ القاضي أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه، وعقدُ النَّائب كعقدِ المَنوب عنه. بناية.

فصل آخر

وإذا قال القاضي: «قد قَضَيتُ على هذا بالرَّجْمِ فَارجِمْهُ»، أو «بالقَطعِ فَاقْطَعْهُ»، أو «بالضَّرْبِ فَاضرِبْهُ»، وَسِعَكَ أنْ تَفْعَلَ. وإذا عُزِلَ القاضي، فقال لِرَجلٍ: «أخذتُ منكَ ألفاً وَدَفَعْتُها إلى فلانٍ قَضَيتُ بها لَهُ عليكَ»، فقال الرَّجلُ: «أَخَذْتَها ظُلماً»، فالقولُ قولُ القاضي. وكذا لو قالَ: «قَضَيتُ بِقَطعِ يَدِكَ في حَقٍّ»، هذا إذا كان الذي قُطِعَتْ يدُهُ والذي أُخِذَ منه المالُ مُقِرِّينَ أنَّه فَعَلَ ذلكَ وهو قاضٍ،

(فصل آخر)

(وإذا قال القاضي: «قد قَضَيتُ على هذا بالرَّجْمِ فَارجِمْهُ، أو بالقَطعِ فَاقْطَعْهُ، أو بالضَّرْبِ فَاضرِبْهُ»، وَسِعَكَ أنْ تَفْعَلَ).

وعن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّه رجع عن هذا، وقال: لا تأخذْ بقولِهِ حتَّى تُعاينَ الحُجَّة؛ لأنَّ قوله يَحتمِلُ الغَلَطَ والخَطأ، والتَّدارُكُ غيرُ مُمكِنٍ، وعلى هذه الرِّوايةِ لا يُقبَلُ كتابُهُ.

واستحسن المشايخُ هذه الرِّوايةَ لفسادِ حالِ أكثرِ القضاةِ في زمانِنا، إلَّا في كتابِ القاضي للحاجةِ إليه.

وجهُ ظاهرِ الرِّواية: أنَّه أخبَرَ عن أمرٍ يَملِكُ إنشاءَهُ، فَيُقبَلُ لِخُلوِّه عن التُّهمةِ، ولأنَّ طاعةَ أولي الأمرِ واجبةٌ، وفي تصديقِهِ طاعةٌ.

وقال الإمامُ أبو منصور رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنْ كان عَدْلاً عالِماً يُقبَلُ قولُهُ؛ لانعدامِ تُهمةِ الخَطإِ والخيانةِ، وإنْ كان عدلاً جاهلاً يُسْتَفسَرُ، فإنْ أحسَنَ التَّفسيرَ وجبَ تصديقُهُ، وإلَّا فلا، وإنْ كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً، لا يُقبَلُ إلَّا أن يُعاينَ سببَ الحُكم؛ لِتُهمةِ الخطإِ والخيانةِ.

قال: (وإذا عُزِلَ القاضي، فقال لِرَجلٍ: «أخذتُ منكَ ألفاً ودَفَعْتُها إلى فلانٍ قَضَيتُ بها لَهُ عليكَ»، فقال الرَّجلُ: «أخَذْتَها ظُلماً»، فالقولُ قولُ القاضي. وكذا لو قالَ: «قَضَيتُ بِقَطعِ يَدِكَ في حَقٍّ»، هذا إذا كان الذي قُطِعَتْ يدُهُ والذي أُخِذَ منه المالُ مُقِرِّينَ أنَّه فَعَلَ ذلكَ وهو قاضٍ).

ولا يَمِينَ عليه. ولو أَقَرَّ القاطِعُ والآخِذُ بما أَقَرَّ بِهِ القاضي لا يَضْمَنُ أيضاً. ولو زَعَمَ المَقطُوعُ يَدُهُ، أو المأخُوذُ مالُهُ، أَنَّهُ فَعَلَ ذلك قبلَ التَّقليدِ أو بعدَ العَزلِ، فالقَولُ للقاضي أيضاً. ولو أقرَّ القاطعُ أو الآخِذُ في هذا الفَصْلِ بما أَقَرَّ بِهِ القاضي يَضْمنانِ، ولو كانَ المالُ في يَدِ الآخِذِ قائماً، وقد أَقَرَّ بما أَقَرَّ به القاضي، والمَأخُوذُ منه المالُ صَدَّقَ القاضي في أَنَّهُ فَعَلَهُ في قَضائِهِ، أو ادَّعى أَنَّهُ فعلَه في غيرِ قضائِهِ يُؤخَذُ منه.

ووجهُهُ: أَنَّهما لَمَّا تَوافَقا أَنَّه فعَلَ ذلك في قضائِهِ كان الظَّاهرُ شاهداً له، إذِ القاضي لا يَقضِي بالجَوْر ظاهراً.

(ولا يَمِينَ عليه)؛ لأَنَّه ثبَتَ فِعلُهُ في قَضائِهِ بالتَّصادُقِ، ولا يمينَ على القاضي.

(ولو أَقَرَّ القاطِعُ والآخِذُ بما أَقَرَّ بِهِ القاضي لا يَضْمَنُ أيضاً)؛ لأَنَّه فَعَلَه في حال القضاءِ، ودَفْعُ القاضي صحيحٌ كما إذا كان معايناً.

(ولو زَعَمَ المَقطُوعُ يَدُهُ، أو المأخُوذُ مالُهُ، أَنَّهُ فَعَلَ ذلك قبلَ التَّقليدِ أو بعدَ العَزلِ، فالقَولُ للقاضي أيضاً)، هو الصَّحيح؛ لأنَّه أسنَدَ فِعلَهُ إلى حالةٍ مَعهودةٍ مُنافيةٍ للضَّمانِ، فصارَ كما إذا قال: «طلَّقتُ، أو أعتقتُ وأنا مجنونٌ»، والجنونُ منه كان معهوداً.

(ولو أقرَّ القاطعُ أو الآخِذُ في هذا الفَصْلِ[1] بما أَقَرَّ بِهِ القاضي يَضْمنانِ)؛ لأَنَّهما أقرَّا بسببِ الضَّمانِ، وقولُ القاضي مَقبولٌ في دَفعِ الضَّمانِ عن نفسِهِ، لا في إبطالِ سببِ الضَّمانِ على غيره، بخلافِ الأوَّلِ لأَنَّه ثبَتَ فِعلُهُ في قضائِهِ بالتَّصادُقِ.

(ولو كانَ المالُ في يَدِ الآخِذِ قائماً، وقد أَقَرَّ بما أَقَرَّ به القاضي، والمَأخُوذُ منه المالُ صَدَّقَ القاضي في أَنَّهُ فَعَلَهُ في قَضائِهِ، أو ادَّعى أَنَّهُ فعلَه في غيرِ قضائِهِ يُؤخَذُ منه)؛ لأَنَّه أقَرَّ أنَّ اليدَ كانت له، فلا يُصدَّقُ في دعوى تَملُّكِه إلَّا بحُجَّة، وقولُ المَعزولِ فيه ليس بحُجَّة.

---

(١) وهو فَصلُ زَعمِ المأخوذِ منه والمَقطوعِ أنَّ القاضي فعَلَ ذلك قبلَ التَّقليدِ أو بعد العَزلِ.

كتاب الشهادات

كِتَابُ الشهادات

الشَّهادةُ فَرضٌ تَلْزَمُ الشُّهودَ، ولا يَسَعُهُمْ كِتمانُها إذا طالَبَهُم المُدَّعِي. والشَّهادةُ في الحُدُودِ يُخَيَّرُ فيها الشَّاهِدُ بينَ السَّترِ والإظهارِ والسَّترُ أفضَلُ، ....

(كتاب الشَّهادات[1])

قال: (الشَّهادةُ فَرضٌ تَلْزَمُ الشُّهودَ، ولا يَسَعُهُمْ كِتمانُها إذا طالَبَهُم المُدَّعِي)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣].

وإنَّما يُشتَرَطُ طَلَبُ المُدَّعي لأنَّها حقُّهُ، فيتوقَّفُ على طَلبِهِ كسائر الحقوق.

(والشَّهادةُ في الحُدُودِ يُخَيَّرُ فيها الشَّاهِدُ بينَ السَّترِ والإظهارِ)؛ لأنَّه بينَ حُسْبَتَين: إقامةُ الحَدِّ، والتَّوقِّي عن الهَتك، (والسَّترُ أفضَلُ)؛ لقوله ﷺ للذي شَهِد عنده: «لو سَترتَه بِثَوبِكَ لكان خيراً لك[2]»، وقال ﷺ: «مَن سَتَر على مسلم سَتَرَ الله عليه في الدُّنيا والآخرة[3]»، وفيما نُقِلَ مِن تَلقينِ الدَّرءِ عن النَّبي ﷺ

---

(١) الشَّهادة لغةً: إخبارٌ قاطعٌ. وفي عرف أهل الشَّرع: إخبارُ صِدْقٍ لإثباتِ حقٍّ بلفظِ الشَّهادة في مَجلِس القضاء. فتح.

(٢) أخرج الحاكم (٤/ ٤٠٣) (٨٠٨٠)، وأبو داود في الحدود، باب: في الستر على أهل الحدود (٤٣٧٧) عن يزيد بن نعيم عن أبيه: أنَّ ماعزَ بنَ مالك أتى النَّبيَّ ﷺ فأقرَّ عنده أربعَ مرَّاتٍ، فأمَرَ برَجمِهِ وقال لِهزال: «لو سَترتَهُ بِردائكَ لكان خيراً لك».

أخرج برقم (٤٣٧٨) عن ابن المنكدر: أنَّ هزالاً أمَرَ ماعزاً أن يأتي النَّبيَّ ﷺ فَيُخبِرُه.

(٣) الحديث أخرجه البخاري في المظالم، باب: لا يظلم المسلمُ المسلمَ (٢٣١٠) ومسلم في البر والصلة، باب: تحريم الظلم (٢٥٨٠) ولفظ البخاري: «المسلمُ أخو المسلم، لا يظلمهُ ولا يُسلمه، ومن كان في حاجةِ أخيه كان الله في حاجته، ومن فرَّج عن مسلم كربةً فرَّج الله عنه =

إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالمالِ في السَّرِقَةِ فَيقولُ: «أَخَذَ» ولا يَقولُ: «سَرَقَ». والشَّهادةُ على مَراتِبَ: منها: الشَّهادةُ في الزِّنا، يُعتَبَرُ فيها أربعَةٌ من الرِّجالِ، ولا تُقبَلُ فيها شَهادَةُ النِّساءِ. ....

وأصحابه[1] رضي الله عنهم دِلالةٌ ظاهرةٌ على أفضليَّة السَّتر.

(إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالمالِ في السَّرِقَةِ فَيقولُ: «أَخَذَ») إحياءً لحقِّ المَسروقِ منه، (ولا يَقولُ: «سَرَقَ») مُحافظةً على السَّتر، ولأنَّه لو ظهرتِ السَّرقةُ لوَجَب القطعُ، والضَّمانُ لا يُجامِع القَطعَ، فلا يَحصُلُ إحياءُ حقِّه.

(والشَّهادةُ على مَراتِبَ):

- (منها: الشَّهادةُ في الزِّنا، يُعتَبَرُ فيها أربعَةٌ من الرِّجالِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾ [النِّساء: ١٥]، ولقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النُّور: ٤].

(ولا تُقبَلُ فيها شَهادَةُ النِّساءِ)؛ لحديث الزُّهريِّ رضي الله عنه: «مضَتِ السُّنَّةُ من لَدُن رسولِ الله ﷺ والخليفتَينِ من بعدِه، أنْ لا شهادةَ للنِّساءِ في الحُدودِ

= كربةً من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة».

(١) أمَّا تلقينُ النَّبيِّ ﷺ، فقد تقدَّم في الحدود حديث ماعز، انظر (٢/ ٤١٦) ت (١).

وأخرج الحاكم (٤/ ٤٢٢) (٨١٥٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنَّ رسولَ الله ﷺ أُتِيَ بسارقٍ قد سَرَقَ شَمْلَةً، فقالوا: يا رسولَ اللهِ إنَّ هذا سرَقَ، فقال رسول الله ﷺ: «ما إخالُهُ سرَقَ»، فقال السَّارق: بلَى يا رسولَ اللهِ، فقال رسول الله ﷺ: «اذهبوا به فاقطَعُوه، ثمَّ احسِمُوهُ، ثمَّ ائتوني به»، فَقُطِع ثمَّ أُتِي به فقال: «تُب إلى اللهِ»، فقال: تبتُ إلى الله، فقال: «تابَ اللهُ عليك»، هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

وأمَّا تلقينُ الصَّحابةِ فقد أخرج أحمد (١٨) (٤١) عن أبي بكر، قال: كنتُ عندَ النَّبيِّ ﷺ جالساً، فجاء ماعزُ بنُ مالكٍ فاعترَف عنده مرَّةً فردَّهُ، ثمَّ جاءَهُ فاعترَف عنده الثَّانيةَ فردَّهُ، ثمَّ جاءَهُ فاعترَف الثَّالثةَ فردَّهُ، فقلت له: إنَّك إن اعترفتَ الرَّابعةَ رجَمَكَ، قال: فاعترَف الرَّابعةَ، فحبَسَهُ، ثمَّ سأل عنه فقالوا: ما نَعلَمُ إلَّا خيراً، قال: فأُمِرَ بِرَجمِهِ. إلى غير ذلك من الأحاديث.

ومنها: الشَّهادةُ بِبَقيَّةِ الحُدُودِ والقِصاصِ، تُقبَلُ فيها شَهادةُ رَجُلَينِ، ولا تُقبَلُ فيها شَهادةُ النِّساءِ، وما سِوى ذلكَ منَ الحُقوقِ يُقبَلُ فيها شَهادَةُ رَجُلَينِ أو رَجلٍ وامرأتَينِ، سواءٌ كان الحَقُّ مالاً أو غيرَ مالٍ. ....

والقِصاص»[1]، ولأنَّ فيها شُبهةَ البَدَليَّةِ لقيامِهَا مَقامَ شهادةِ الرِّجال[2]، فلا تُقبلُ فيما يَندرِئُ بالشُّبهات.

- (ومنها: الشَّهادةُ بِبَقيَّةِ الحُدُودِ والقِصاصِ، تُقبَلُ فيها شَهادةُ رَجُلَينِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢]، (ولا تُقبَل فيها شَهادةُ النِّساءِ)؛ لِما ذكرنا.

- قال: (وما سِوى ذلكَ منَ الحُقوقِ يُقبَلُ فيها شَهادَةُ رَجُلَينِ أو رَجلٍ وامرأتَينِ، سواءٌ كان الحَقُّ مالاً أو غيرَ مالٍ)، مِثلُ النِّكاحِ والطَّلاقِ والعِتاقِ والعِدَّةِ والحوالةِ والوقفِ والصُّلحِ والوكالةِ والوَصيَّةِ والهبةِ والإقرارِ والإبراءِ والولدِ والوِلادِ والنَّسَبِ ونحوِ ذلك.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: لا تُقبلُ شهادةُ النِّساءِ معَ الرِّجالِ إلَّا في الأموالِ

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب: في شهادة النساء في الحدود (٢٨٧١٤) عن الزهري قال: مَضَتِ السُّنَّةُ من رسولِ الله ﷺ والخليفتين من بعدِهِ ألا تَجوزَ شهادةُ النِّساءِ في الحدود.
(٢٨٧١٦) عن إبراهيم النخعي قال: «لا تجوزُ شهادةُ النِّساءِ في الطَّلاقِ والحدود».
(٢٨٧١٧) عن عامر الشَّعبي قال: «لا تَجوزُ شهادةُ النِّساءِ في الحدود».
(٢٨٧١٩) عن الحسن قال: «لا تجوز شهادةُ النِّساءِ في الحدود».

(٢) أي: في غير الحدود، قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢]، فشهادةُ النِّساءِ مُعتبَرةٌ مع إمكانِ شهادة الرِّجال في غير الحدود.
وإنَّما قال: «شبهةَ البدليَّة»؛ لأنَّ حقيقة البدليَّةِ إنَّما تكون فيما امتنَعَ العملُ بالبَدَل مع إمكانِ العملِ الأصل، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [المَائدة: ٨٩]، وليس شهادَتُهُنَّ كذلك، فإنَّها جائزةٌ مع إمكانِ العملِ بشهادةِ الرَّجلين.
وإنَّما أثَّرت الشُّبهةُ هنا لأنَّ الحدود تندرئُ بالشُّبهات. عناية بتصرف كثير.

(٣) انظر (٢/٤٥٦) ت (١).

ويُقبَلُ في الوِلادَةِ والبَكارَةِ والعُيُوبِ بالنِّساءِ في مَوضِعٍ لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ، شَهادةُ امرأةٍ واحدةٍ، ....

وتَوابِعِها[1]؛ لأنَّ الأصلَ فيها عدَمُ القَبولِ لِنُقصانِ العقلِ واختلالِ الضَّبطِ وقُصورِ الولايةِ، فإنَّها لا تصلُحُ للإمارةِ، ولهذا لا تُقبلُ في الحدودِ، ولا تُقبلُ شهادةُ الأربعِ منهنَّ وَحْدَهنَّ، إلَّا أنَّها قُبلت في الأموالِ ضرورةً، والنِّكاحُ أعظَمُ خطَراً وأقلُّ وُقوعاً، فلا يُلحَقُ بما هو أدنى خطَراً وأكثَرُ وُجوداً.

ولنا: أنَّ الأصلَ فيها القَبولُ؛ لِوُجودِ ما يُبتَنَى عليه أهليَّةُ الشَّهادةِ، وهو المُشاهَدَةُ والضَّبطُ والأداءُ، إذْ بالأوَّلِ يَحصُلُ العِلمُ للشَّاهِدِ، وبالثَّاني يَبقَى، وبالثَّالث يَحصُلُ العِلمُ للقاضي، ولهذا يُقبَلُ إخبارُها في الأخبار.

ونُقصانُ الضَّبطِ بِزيادةِ النِّسيانِ انجبَرَ بضمِّ الأخرى إليها، فلم يَبقَ بعدَ ذلك إلَّا الشُّبهةُ، فلهذا لا تُقبلُ فيما يَندرِئ بالشُّبهاتِ، وهذه الحقوقُ تَثبُتُ مع الشُّبهاتِ.

وعدَمُ قَبولِ الأربعِ على خلافِ القِياس، كي لا يكثُرَ خروجُهُنَّ.

قال: (ويُقبَلُ في الوِلادَةِ والبَكارَةِ والعُيُوبِ بالنِّساءِ في مَوضِعٍ لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ، شَهادةُ امرأةٍ واحدةٍ)؛ لقوله ﷺ: «شهادةُ النِّساءِ جائزةٌ فيما لا يَستطيعُ الرِّجالُ النَّظرُ إليه»[2]، والجمعُ المُحلَّى بالألفِ واللَّامِ يُرادُ به الجنسُ، فيتناولُ الأقلَّ[3].

---

(١) كالإعارةِ والإجارةِ والكفالةِ والأجلِ وشَرطِ الخيار. عناية.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في البيوع والأقضية، باب: ما تجوز فيه شهادة النساء (٢٠٧٠٨) عن الزُّهريِّ قال: «مضَتِ السُّنَّةُ أن تجوزَ شهادةُ النِّساءِ فيما لا يَطَّلِعُ عليه غيرُهُنَّ من وِلاداتِ النِّساءِ وعُيوبِهِنَّ، وتجوزُ شهادةُ القابلةِ وَحْدَها في الاستهلالِ، وامرأتانِ فيما سوى ذلك».

(٣) وهو الواحد، لبطلان العدد بواسطة الجنسيَّة. بناية.

ثمَّ حُكمُها في الوِلادةِ شَرَحناهُ في الطَّلاقِ. ولا بدَّ في ذلك كلِّهِ مِنَ العَدالَةِ ولَفظَةِ الشَّهادةِ، فإنْ لم يَذكُرِ الشَّاهدُ لَفظَةَ الشَّهادةِ وقال: «أعلَمُ» أو «أتيَقَّنُ» لم تُقبَلْ شَهادَتُه.

وهو حجَّةٌ على الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في اشتراط الأربع[1]، لأنَّه إنَّما سقَطَتِ الذُّكورةُ لِيَخِفَّ النَّظرُ؛ لأنَّ نظَرَ الجنسِ إلى الجنسِ أخفُّ، فكذا يسقُطُ اعتبارُ العددِ، إلَّا أنَّ المُثنَّى والثَّلاث أحوطُ لِما فيه من معنى الإلزام.

(ثمَّ حُكمُها في الوِلادةِ شَرَحناهُ في الطَّلاقِ[2])، وأمَّا حكمُ البكارةِ فإنْ شَهِدنَ أنَّها بِكرٌ، يُؤَجَّلُ في العِنِّين سنةً ويُفرَّقُ بعدها؛ لأنَّها تأيَّدت بمؤيِّدٍ، إذِ البَكارةُ أصلٌ.

وكذا في ردِّ المَبيعةِ إذا اشتراها بِشَرطِ البَكارةِ، فإنْ قُلْنَ: «إنَّها ثيِّبٌ» يَحلِفُ البائعُ لِينضَمَّ نُكولُهُ إلى قولِهِنَّ. والعيبُ يثبُتُ بقولِهِنَّ، فيحلِفُ البائع.

وأمَّا شهادَتُهُنَّ على استهلالِ الصَّبيِّ لا تُقبَلُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في حقِّ الإرث؛ لأنَّه ممَّا يطَّلِعُ عليه الرِّجال، إلَّا في حقِّ الصَّلاة لأنَّها من أمور الدِّين.

وعندهما: تُقبَلُ في حقِّ الإرثِ أيضاً؛ لأنَّه صوتٌ عندَ الوِلادةِ، ولا يَحضُرُها الرِّجالُ عادةً، فصار كشهادتِهِنَّ على نفسِ الولادةِ.

قال: (ولا بدَّ في ذلك كلِّهِ مِنَ العَدالَةِ ولَفظَةِ الشَّهادةِ، فإنْ لم يَذكُرِ الشَّاهدُ لَفظَةَ الشَّهادةِ وقال: «أعلَمُ» أو «أتيَقَّنُ» لم تُقبَلْ شَهادَتُهُ).

- أمَّا العدالةُ فلقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[البَقَرَة: ٢٨٢]، والمرضيُّ من الشَّاهد هو العَدْلُ، ولقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[الطَّلاق: ٢]، ولأنَّ العدالةَ هي المُعيِّنةُ للصِّدقِ؛ لأنَّ مَن يتعاطى غيرَ الكذبِ قد يَتعاطاه.

---

(١) انظر (٢/ ٤٥٦) ت (١).

(٢) انظر (٢/ ٢٦٠).

قال أبو حنيفة: يَقتِصُرُ الحاكِمُ على ظاهِرِ العَدَالةِ في المُسلِمِ، ولا يَسأَلُ عن حالِ الشُّهودِ حتَّى يَطعَنَ الخَصْمُ ....

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الفاسقَ إذا كان وَجيهاً في النَّاسِ، ذا مُروءَةٍ، تُقبَلُ شهادتُهُ؛ لأنَّه لا يُستأجَرُ لِوَجاهتِهِ ويَمتنِعُ عن الكذبِ لِمُروءتِهِ. والأوَّلُ أصحُّ، إلَّا أنَّ القاضي لو قَضَى بشهادةِ الفاسقِ يصحُّ عندنا.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[١]: لا يصحُّ، والمسألةُ معروفةٌ.

- وأمَّا لفظةُ الشَّهادةِ فلأنَّ النُّصوصَ نطقت باشتراطِها، إذِ الأمرُ فيها بهذه اللَّفظة، ولأنَّ فيها زيادةَ تَوكيدٍ[٢]، فإنَّ قوله: «أشهد» من ألفاظِ اليمينِ، كقوله: «أشهدُ بالله»، فكان الامتناعُ عن الكذبِ بهذه اللَّفظةِ أشدَّ.

وقوله: «في ذلك كلِّه» إشارةٌ إلى جَميعِ ما تقدَّمَ، حتَّى يُشترطُ العدالةُ ولَفظةُ الشَّهادةِ في شهادةِ النِّساءِ في الوِلادةِ وغيرِها، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّها شهادةٌ لما فيه من معنى الإلزام، حتَّى اختُصَّ[٣] بمَجلِسِ القضاءِ، ولهذا يُشترطُ فيه[٤] الحرِّيَّةُ والإسلامُ.

(قال أبو حنيفة: يَقتِصُرُ الحاكِمُ على ظاهِرِ العَدَالةِ في المُسلِمِ، ولا يَسأَلُ عن حالِ الشُّهودِ حتَّى يَطعَنَ الخَصْمُ)؛ لقوله ﷺ: «المسلمون عُدُولٌ، بعضُهُم على بعض، إلَّا محدوداً في قَذفٍ»[٥]، ومثلُ ذلك مرويٌّ عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[٦]،

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (٧/١٧) الكتب العلمية: ولا تُقبلُ شهادةُ الفاسقِ بحالٍ. اهـ.

(٢) لدلالتها على المشاهدة. عناية.

(٣) لفظ شهادة النساء.

(٤) أي: في الشَّاهد.

(٥) أخرج ابن أبي شيبة في البيوع والأقضية، باب: من قال لا تجوز شهادته إذا تاب (٢٠٦٥٧) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عُدُولٌ بعضُهُم على بعضٍ، إلَّا محدوداً في فِريةٍ».

(٦) أخرجه الدار قطني في الأقضية والأحكام (١٦) عن سعيد بن أبي بردة في حدث طويل جاء فيه: «... =

إِلَّا في الحُدُودِ والقِصاصِ، فإِنَّهُ يَسأَلُ عن الشُّهودِ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بدَّ أَنْ يَسأَلَ عنهم في السِّرِّ والعَلانيَةِ في سائِرِ الحُقُوقِ. ثُمَّ التَّزكِيَةُ في السِّرِّ أَنْ يَبْعَثَ المَسْتُورَةَ إلى المُعَدِّلِ، فيها النَّسَبُ والحِلْيُ والمُصَلَّى، ويَردُّها المُعدِّلُ، ....

ولأَنَّ الظاهرَ هو الانزجارُ عمَّا هو مُحرَّمُ دينِهِ، وبالظَّاهرِ كفايةٌ، إذ لا وصولَ إلى القطعِ.

(إِلَّا في الحُدُودِ والقِصاصِ، فإِنَّهُ يَسأَلُ عن الشُّهودِ)؛ لأنَّه يَحتالُ لإسقاطِها، فَيُشتَرَطُ الاستقصاءُ فيها، ولأَنَّ الشُّبهةَ فيها دارئةٌ.

وإنْ طعَنَ الخصمُ فيهم يَسألُ عنهم في السِّرِّ والعَلانية[1]؛ لأنَّه تقابَلَ الظَّاهرانِ[2]، فَيَسألُ طلَباً للتَّرجيح.

(وقال أبو يوسف ومحمد: لا بدَّ أنْ يَسألَ عنهم في السِّرِّ والعَلانيَةِ في سائرِ الحُقُوقِ)؛ لأنَّ القضاءَ مبناهُ على الحُجَّة، وهي شهادةُ العُدولِ، فيَتعرَّفُ عن العدالة، وفيه صَوْنُ قَضائهِ عن البُطلان.

وقيل: هذا اختلافُ عَصْرٍ وزمانٍ، والفتوى على قولهما في هذا الزَّمان.

قال: (ثُمَّ التَّزكِيَةُ في السِّرِّ أَنْ يَبْعَثَ المَستُورَةَ[3] إلى المُعدِّلِ، فيها النَّسبُ والحِلْيُ[4] والمُصَلَّى[5]، ويَردُّها المُعدِّلُ)، كلُّ ذلك في السِّرِّ كي لا يَظهَرَ[6]

= المسلمونَ عدُولٌ بينهم، بعضُهُم على بعضٍ، إلَّا مَجلُوداً في حدٍّ، أو مُجرَّباً في شهادةِ زُورٍ، أو ظَنيناً في ولاءٍ أو قَرابةٍ ...».

(١) يعني: في غير الحدود والقصاص؛ لأنَّ في الحدود والقصاص يسأل قبل الطعن.

(٢) يعني: كما أنَّ الظَّاهر أنَّ الشُّهود لا يكذبون، فكذا الظَّاهرُ أنَّ الخصم لا يكذب في طعنه. بناية.

(٣) وهي الرُّقعةُ التي يَكتُبُها القاضي ويَبعَثُها سِرّاً بيدِ أمينِهِ إلى المُزكِّي، سُمِّيت بها؛ لأنَّها تُستَرُ عن نظر العوام. عناية.

(٤) بضمِّ الحاء وكسرها، جمعُ حِلية الإنسان، صفَتُهُ وما يُرَى منه من لون وغيره. عناية.

(٥) أي: مسجدُ المَحلَّة.

(٦) أي: المعدِّل.

وفي العَلانِيَةِ لا بُدَّ أنْ يَجْمَعَ بينَ المُعدِّلِ والشَّاهِدِ، وفي قَولِ مَنْ رأى أنْ يَسألَ عَنِ الشُّهودِ، لم يَقْبَلْ قَوْلَ الخصمِ: «إنَّهُ عَدْلٌ». وإذا كانَ رسولُ القاضي الذي يُسألُ عنِ الشُّهودِ واحداً جازَ، والاثنانِ أفضَلُ. ....

فَيُخدَعَ أو يُقصَدَ[1].

(وفي العَلانيَةِ لا بُدَّ أنْ يَجْمَعَ[2] بينَ المُعدِّلِ والشَّاهِدِ)؛ لِتَنتفي شبهةُ تَعديلِ غيرِهِ، وقد كانت العلانيةُ وَحْدَها في الصَّدر الأوَّل، ووَقَعَ الاكتفاءُ بالسِّرِّ في زماننا تَحرُّزاً عن الفتنة. ويروى عن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: تزكيةُ العَلانيةِ بلاءٌ وفتنةٌ.

ثمَّ قيل: لا بدَّ أن يقولَ المُعدِّلُ: «هو حرٌّ عَدْلٌ جائزُ الشَّهادة»؛ لأنَّ العبد قد يُعدَّل. وقيل: يكتفي بقوله: «هو عدلٌ»؛ لأنَّ الحرِّيَّةَ ثابتةٌ بالدَّارِ، وهذا أصحُّ.

قال: (وفي قَولِ مَنْ رأى أنْ يَسألَ عَنِ الشُّهودِ، لم يَقْبَلْ قَوْلَ الخصمِ: «إنَّهُ عَدْلٌ»)، معناه: قولُ المُدَّعى عليه.

وعن أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أنَّه يجوزُ تزكيتُهُ، لكن عند محمَّد يَضمُّ تزكيةَ الآخَرِ إلى تَزكيتِهِ؛ لأنَّ العدَدَ عنده شَرطٌ.

ووجهُ الظَّاهر: أنَّ في زَعمِ المُدَّعي وشُهودِهِ أنَّ الخَصْمَ كاذبٌ في إنكارِهِ، مُبطِلٌ في إصرارِهِ، فلا يَصلُحُ مُعدِّلاً.

وموضوعُ المسألة[3]: إذا قال: «هم عُدُولٌ، إلَّا أنَّهم أخطئوا أو نَسُوا»، أمَّا إذا قال: «صَدَقُوا» أو «هم عُدُولٌ صَدَقةٌ» فقد اعترف بالحقِّ.

(وإذا كانَ رسولُ القاضي الذي يُسألُ عنِ الشُّهودِ واحداً جازَ، والاثنانِ أفضَلُ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجوزُ إلَّا اثنان.

---

(١) أي: يخدع بالمال، أو يُقصد بالإضرار إذا كان ظاهراً معلوماً. بناية.

(٢) أي: القاضي في مجلس القضاء.

(٣) هذا جواب عمَّا يقال: تعديلُ الخَصمِ إقرارٌ منه بِثُبوتِ الحقِّ عليه، فكان مقبولاً؛ لأنَّ العدالةَ ليست بشرطٍ في المقرِّ بالاتِّفاق. عناية.

ولا يُشتَرَطُ أهليَّةُ الشَّهادةِ في المُزكِّي في تَزكيةِ السِّرِّ.

والمرادُ منه المزكِّي، وعلى هذا الخلافِ رسولُ القاضي إلى المُزكِّي، والمُترجِمُ عن الشَّاهد.

له: أنَّ التَّزكيةَ في معنى الشَّهادةِ؛ لأنَّ ولايةَ القضاءِ تَنبني على ظُهورِ العدالةِ، وهو بالتَّزكيةِ، فَيُشترطُ فيه العددُ كما تُشتَرَط العدالةُ فيه، وتُشترطُ الذُّكورةُ في المُزكِّي والحدود والقصاص.

ولهما: أنَّه ليس في معنى الشَّهادة، ولهذا لا يُشترطُ فيه لفظةُ الشَّهادةِ ومَجلِسُ القضاءِ، واشتراطُ العددِ أمرٌ حُكميٌّ[1] في الشَّهادةِ فلا يَتعدَّاها.

(ولا يُشتَرَطُ أهليَّةُ الشَّهادةِ في المُزكِّي في تَزكيةِ السِّرِّ)، حتَّى صَلُحَ العبدُ مزكِّياً، فأمَّا في تزكيةِ العَلانيةِ فهو شرطٌ، وكذا العَدَدُ بالإجماع على ما قاله الخَصَّاف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لاختصاصها بمجلِسِ القضاء.

قالوا: يُشترطُ الأربعةُ في تزكيةِ شُهودِ الزِّنا عند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) أي: تعبُّديٌّ، ثبَتَ بالنَّصِّ على خلاف القياس. بناية.

فصل

وما يَتحمَّلُه الشَّاهدُ على ضَرْبَينِ: أحدهما: ما يَثبُتُ حكمُهُ بنفسِهِ، مثلُ البيعِ والإقرارِ والغَصبِ والقَتلِ وحُكمِ الحاكِمِ، فإذا سَمِعَ ذلك الشَّاهدُ أو رآهُ وَسِعَهُ أنْ يَشهَدَ به وإنْ لم يُشهَدْ عليه، ويقولُ: «أشهَدُ أنَّهُ باعَ»، ولا يقولُ: «أشْهَدَنِي». ولو سَمِعَ من وَراءِ الحِجابِ لا يَجوزُ له أن يَشْهَدَ، ولو فَسَّرَ لِلقاضي لا يَقبلُهُ، ....

(فصل)

(وما يَتحمَّلُه الشَّاهدُ على ضَرْبَينِ):

(أحدهما: ما يَثبُتُ حكمُهُ بنفسِهِ[١]، مثلُ البيعِ والإقرارِ والغصبِ والقَتلِ وحُكمِ الحاكِمِ، فإذا سَمِعَ ذلك الشَّاهدُ أو رآهُ وَسِعَهُ أنْ يَشهَدَ به وإنْ لم يُشهَدْ عليه)؛ لأنَّه عَلِمَ ما هو المُوجِبُ بِنفسِهِ، وهو[٢] الرُّكنُ في إطلاقِ الأداءِ[٣]، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزّخرُف: ٨٦]، وقال النَّبيُّ ﷺ: «إذا علِمتَ مِثلَ الشَّمسِ فاشْهَدْ وإلَّا فَدَعْ»[٤].

قال: (ويقولُ: «أشهَدُ أنَّهُ باعَ»، ولا يقولُ: «أشْهَدَنِي»)؛ لأنَّه كَذِب.

(ولو سَمِعَ من وَراءِ الحِجابِ لا يَجوزُ له أن يَشهَدَ، ولو فَسَّرَ لِلقاضي[٥] لا يَقبلُهُ)؛ لأنَّ النَّغمةَ تُشبِهُ النَّغمةَ، فلم يَحصُلِ العِلمُ، ....

---

(١) أي: بلا احتياج إلى الإشهاد.

(٢) أي: عِلمُ الموجِبِ هو الرُّكنُ في إطلاق الأداء.

(٣) المرادُ بإطلاق الأداء، جوازُ الشَّهادة بدون الإشهاد.

(٤) أخرج الحاكم (٤/ ١١٠) (٧٠٤٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ذكَرَ رسولُ الله ﷺ الرَّجلَ يَشهَدُ بشهادةٍ، فقال لي: «يا ابن عباس لا تشهَدْ إلَّا على ما يُضيءُ لك كضياءِ هذا الشَّمس» و أومأ رسولُ الله ﷺ بيده إلى الشَّمس.
وقال: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

(٥) بأن قال: أشهد بالسَّماع من وراء حجاب.

إِلَّا إذا كان دَخَلَ البيتَ وعَلِمَ أنَّه ليس فيه أحدٌ سِواهُ، ثمَّ جَلَس على الباب، وليس في البيتِ مَسْلَكٌ غيرُهُ، فسَمِعَ إقرارَ الدَّاخلِ ولا يراه، له أن يَشهَدَ. ومنه: ما لا يَثبُتُ الحُكمُ فيه بِنَفسِهِ، مِثلُ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ، فإذا سَمِعَ شاهِداً يَشْهَدُ بِشَيءٍ، لم يَجُزْ له أنْ يَشْهَدَ على شَهادَتِهِ إلَّا أنْ يُشْهَدَ عليها. وكذا لو سَمِعَهُ يُشْهِدُ الشَّاهدَ على شَهادَتِهِ، لم يَسَعْ لِلسَّامعِ أنْ يَشْهَدَ، ولا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إذا رأى خَطَّهُ أنْ يَشهَدَ إلَّا أنْ يَتذَكَّرَ الشَّهادَةَ. ....

(إِلَّا إذا كان دَخَلَ البيتَ وعَلِمَ أنَّه ليس فيه أحدٌ سِواهُ، ثمَّ جَلَس على الباب، وليس في البيتِ مَسْلَكٌ غيرُهُ، فسَمِعَ إقرارَ الدَّاخلِ ولا يراه، له أن يَشهَدَ)؛ لأنَّه حصلَ العلمُ في هذه الصُّورة.

(ومنه[١]: ما لا يَثبُتُ الحُكمُ فيه بِنَفسِهِ، مِثلُ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ، فإذا سَمِعَ شاهِداً يَشْهَدُ بِشَيءٍ، لم يَجُزْ له أنْ يَشْهَدَ على شَهادَتِهِ إلَّا أنْ يُشْهَدَ عليها)؛ لأنَّ الشَّهادةَ غيرُ مُوجِبةٍ بنفسها، وإنَّما تصيرُ مُوجِبةً بالنَّقل إلى مجلسِ القضاءِ، فلا بدَّ من الإنابة والتَّحميل، ولم يوجد.

(وكذا لو سَمِعَهُ يُشهِدُ الشَّاهدَ على شَهادَتِهِ، لم يَسَعْ لِلسَّامعِ أنْ يَشْهَدَ)؛ لأنَّه ما حَمَّلَه وإنَّما حمَّل غيرَهُ.

(ولا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إذا رأى خَطَّهُ أنْ يَشهَدَ إلَّا أنْ يَتذَكَّرَ الشَّهادَةَ)؛ لأنَّ الخَطَّ يُشبِهُ الخَطَّ، فلم يَحصُل العلمُ.

قيل: هذا على قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ. وعندهما: يَحِلُّ له أن يَشهَدَ. وقيل: هذا بالاتِّفاق، وإنَّما الخلاف فيما إذا وَجَدَ القاضي شهادَتَهُ في ديوانه[٢] أو قَضيَّتِهِ[٣]؛ لأنَّ

---

(١) هذا الضَّرب الثَّاني من الضَّربين اللذين ذكرهما بقوله: «ما يتحمله الشاهد على ضربين».

(٢) يعني: رأى في ديوانه شهادَةَ شُهودٍ أُدِّيت عنده، ولم يتَّصل بها حكمٌ، ثمَّ جاء المشهودُ له وطَلَب حُكمَ القاضي، والقاضي لا يتذكَّرُ أنَّه شَهِد عنده شهودٌ بذلك، لم يجز له أن يَحكُمَ عند الإمام. فتح.

(٣) أي: رأى حُكمَهُ مكتوباً في خريطته، وهي القِمَطرة، ولم يتذكَّرْ أنَّه حَكَمَ، فهو على هذا الخلاف. فتح.

ولا يَجوزُ لِلشَّاهِدِ أنْ يَشْهَدَ بِشَيءٍ لم يُعايِنْهُ، إلَّا النَّسَبَ والمَوتَ والنِّكاحَ والدُّخولَ ووِلايَةَ القاضي، فإنَّهُ يَسَعُهُ أنْ يَشْهَدَ بهذهِ الأشياءِ إذا أخبَرَهُ بها مَنْ يَثِقُ بهِ. ......

ما يكونُ في قِمَطرِهِ فهو تحتَ ختمِهِ، يُؤمَنُ عليه من الزِّيادة والنُّقصان، فحَصَلَ له العِلمُ بذلك، ولا كذلك الشَّهادةُ في الصَّكِّ؛ لأنَّه في يدِ غيرِهِ.

وعلى هذا[1] إذا تذكَّرَ المجلِسَ الذي كان فيه الشَّهادةُ، أو أخبَرَهُ قومٌ ممَّنْ يَثِقُ بهم أنَّا شهدنا نحن وأنت[2].

قال: (ولا يَجوزُ لِلشَّاهِدِ أنْ يَشْهَدَ بِشَيءٍ لم يُعايِنْهُ، إلَّا النَّسَبَ والمَوتَ والنِّكاحَ والدُّخولَ ووِلايَةَ القاضي، فإنَّهُ يَسَعُهُ أنْ يَشْهَدَ بهذهِ الأشياءِ إذا أخبَرَهُ بها مَنْ يَثِقُ بهِ)، وهذا استحسانٌ. والقياسُ أن لا تجوزَ؛ لأنَّ الشَّهادة مُشتقَّةٌ من المُشاهدةِ، وذلك بالعلم، ولم يَحصُلْ فصارَ كالبيع[3].

وجهُ الاستحسان: أنَّ هذه أمورٌ تَختَصُّ بمُعاينةِ أسبابها خَواصٌّ من النَّاس، ويَتعلَّق بها أحكامٌ تبقى على انقضاء القرون، فلو لم تُقبلْ فيها الشَّهادةُ بالتَّسامُعِ، أدَّى إلى الحَرَج وتعطيلِ الأحكام، بخلافِ البيعِ لأنَّه يَسمعُهُ كلُّ أحدٍ.

وإنَّما يجوزُ للشَّاهِدِ أن يَشهَدَ بالاشتهار، وذلك[4] بالتَّواترِ أو بإخبارِ مَن يَثِقُ به، كما قال في الكتاب.

ويُشتَرَطُ أنْ يُخبِرَه رجلانِ عَدْلانِ، أو رجلٌ وامرأتانِ لِيَحصُلَ له نوعُ علمٍ. وقيل: في الموت يَكتفي بإخبارِ واحدٍ أو واحدةٍ؛ لأنَّه قلَّما يُشاهِد حالَهُ غيرُ الواحدِ، إذِ الإنسانُ يَهابُه ويَكرهُهُ، فيكونُ في اشتراط العدد بعضُ الحَرَجِ، ولا كذلك النَّسبُ والنِّكاح.

---

(١) أي: وعلى هذا الاختلاف.
(٢) فإنَّه قيل: لا يحلُّ له ذلك بالاتِّفاق، وقيل: لا يحلُّ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. عناية.
(٣) فإنَّه لا يجوزُ للشَّاهِدِ أن يَشهَدَ به بالسَّماع، بل لا بدَّ من المشاهدة.
(٤) أي: الاشتهار حاصلٌ.

وينبغي أن يُطلِقَ أداءَ الشَّهادةِ[1]، ولا يُفسِّرُ، أمَّا إذا فسَّر للقاضي أنَّه يَشهَدُ بالتَّسامُعِ، لم تُقبَلْ شهادَتُهُ، كما أنَّ مُعاينةَ اليدِ في الأملاكِ تُطلِقُ الشَّهادةَ، ثمَّ إذا فسَّرَ لا تُقبَلُ كذا هذا.

ولو رأى إنساناً جلس مَجلِسَ القضاءِ، يدخلُ عليه الخُصومُ، حَلَّ له أنْ يَشهَدَ على كونِهِ قاضياً. وكذا إذا رأى رجلاً وامرأةً يَسكنانِ بيتاً ويَنبسِطُ كلُّ واحدٍ منهما إلى الآخرِ انبساطَ الأزواجِ، كما إذا رأى عيناً في يدِ غيرِهِ.

ومَن شَهِد أنَّه شَهِدَ دَفْنَ فلانٍ، أو صَلَّى على جَنازتِهِ فهو مُعايَنةٌ، حتَّى لو فَسَّر للقاضي قَبِلَه.

ثمَّ قَصْرُ الاستثناءِ في الكتاب على هذه الأشياءِ الخَمسةِ، ينفي اعتبارَ التَّسامُعِ في الوَلاءِ والوَقفِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ آخِراً أنَّه يجوزُ في الوَلاءِ؛ لأنَّه بمنزلةِ النَّسبِ؛ لقوله ﷺ «الوَلاءُ لُحمَةٌ كَلُحمةِ النَّسب»[2].

وعن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يجوزُ في الوقف؛ لأنَّه يبقى على مرِّ الأعصار. إلَّا أنَّا نقول: الوَلاءُ يُبتَنَى على زوالِ المِلْكِ، ولا بدَّ فيه من المُعاينةِ، فكذا فيما يُبتَنَى عليه.

وأمَّا الوقفُ فالصَّحيحُ أنَّه تُقبَلُ الشَّهادة بالتَّسامُعِ في أصله دونَ شرائطه؛ لأنَّ أصلَهُ هو الذي يَشتهِرُ.

---

(١) فيقول في النَّسب: «أشهدُ أنَّ فلانَ بنُ فلان» كما يشهدُ أنَّ أبا بكر وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ابنا أبي قحافة والخطَّاب، ولم يشاهد شيئاً من ذلك. ولا يذكر للقاضي أنَّه يشهد بالتَّسامع. عناية بتصرف.

(٢) أخرج الطبراني في الأوسط (٢/ ٨٢)(١٣١٨)، الحاكم (٤/ ٣٧٩)(٧٩٩٠) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «الوَلاءُ لُحمَةٌ كَلُحمةِ النَّسبِ، لا تُباعُ ولا تُوهَبُ»، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

وَمَنْ كانَ في يَدِهِ شَيءٌ سِوَى العَبدِ والأمَةِ، وَسِعَكَ أنْ تَشْهَدَ أنَّهُ لَهُ.

قال: (وَمَنْ كانَ في يَدِهِ شَيءٌ سِوَى العَبدِ والأمَةِ، وَسِعَكَ أنْ تَشهَدَ أنَّهُ لَهُ)؛ لأنَّ اليدَ أقصى ما يُستدَلُّ به على المِلْك؛ إذ هي مَرجِعُ الدِّلالةِ في الأسبابِ كلِّها، فيكتفي بها. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يُشترَط مع ذلك أن يقَعَ في قلبِهِ أنَّه له، قالوا: ويَحتمِلُ أن يكون هذا[1] تفسيراً لإطلاقِ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ في الرِّوايةِ[2]، فيكون شرطاً على الاتِّفاق.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: دليلُ المِلْك اليدُ مع التَّصرُّفِ، وبه قال بعض مشايخنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ؛ لأنَّ اليدَ متنوِّعةٌ إلى إنابةٍ ومِلْك.

قلنا: والتَّصرُّفُ يتنوَّعُ أيضاً إلى نيابةٍ وأصالةٍ.

ثمَّ المسألةُ على وجوه:

- إن عايَنَ المالِكَ والمِلكَ حَلَّ له أن يَشهَدَ[4].

---

(١) أي: ما ذكر من أن يقع في قلبه أنَّه له.

(٢) وهو قوله فيما تقدَّم: «وسعك أن تشهد أنَّه له».

(٣) قال النووي في الروضة (٨/ ٢٤١)وما بعدها، الكتب العلمية: الشَّهادةُ على المِلك تنبني على ثلاثة أمور، وهي اليد والتَّصرُّفُ والتَّسامع:
- فأمَّا اليدُ فلا تفيد بمجرَّدها جوازَ الشَّهادةِ على الملك، لكن إذا رأى الشَّيءَ في يده، جاز أن يشهد له باليد، وشرَطَ البغوي لذلك أن يراه في يده مدَّةً طويلة، وحكى الإمامُ قولاً أنَّه لا تجوزُ الشَّهادة بالملك بمجرَّدِ اليد، والمشهورُ الأول.
- وأما التَّصرُّف المجرَّد، فكاليدِ المُجرَّدةِ لا يفيدُ جوازَ الشَّهادةِ بالملك، فإن اجتمع يدٌ وتصرُّفٌ، فإن قَصُرتِ المدَّةُ، فهو كاليد المجرَّدة، وإن طالت، ففي جوازِ الشَّهادةِ له بالملك وجهان، أصحُّهما الجوازُ. فلو انضمَّ إلى اليد والتَّصرُّفِ الاستفاضةُ، ونسبةُ النَّاسِ الملكَ إليه، جازت الشَّهادة بالملك بلا خلاف.
- وأمَّا الاستفاضةُ وحدها، فهل تُجوِّز الشَّهادة على الملك بها؟ وجهان، أقربُهما إلى إطلاق الأكثرين الجواز، والظَّاهرُ أنَّه لا يجوز.

(٤) وهو أن يَعرِفَ المالكَ باسمِهِ ونسبِهِ ووَجهِهِ، ويَعرِف المِلكَ بِحُدودِهِ ورآه في يدِهِ بلا مُنازع، ثمَّ رآه في يدِ آخَرَ، فجاء الأوَّلُ وادَّعاه وَسِعَه أن يَشهَدَ له. فتح.

- وكذا إذا عايَنَ المِلكَ بِحُدُودِهِ دونَ المالِكِ استحساناً؛ لأنَّ النَّسبَ يَثبُتُ بالتَّسامُعِ، فيَحصُلُ معرفتُهُ[١].

- وإنْ لم يُعايِنْهما[٢]، أو عايَنَ المالكَ دونَ المِلْك[٣] لا يَحِلُّ له.

وأمَّا العبدُ والأمَةُ[٤]:

- فإنْ كان يَعرِفُ أنَّهما رقيقان فكذلك؛ لأنَّ الرَّقيق لا يكون في يد نفسه[٥].

- وإنْ كان لا يَعرِفُ أنهما رقيقانِ، إلَّا أنَّهما صغيران لا يُعبِّرانِ عن أنفسِهما فكذلك؛ لأنَّه لا يَدَ لهما، وإنْ كانا كبيرين فذلك مَصرِفُ الاستثناءِ[٦]؛ لأنَّ لهما يداً على أنفسِهما، فيدفَعُ يدَ الغيرِ عنهما، فانعَدَم دليلُ المِلْك.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه يَحِلُّ له أن يَشهَدَ فيهما[٧] أيضاً اعتباراً بالثِّياب، والفرقُ ما بيَّنَّاه[٨]، والله أعلم.

---

(١) وذلك أن يُعاينَ مِلكاً بِحُدودِهِ يُنسَبُ إلى فلانِ بنِ فلانِ الفُلانيِّ، وهو لا يَعرِفُه بوجهِهِ ونَسبِهِ، ثمَّ جاءَ الذي نُسِبَ إليه المِلكُ وادَّعى مِلكَ هذا المَحدودِ على شَخصٍ، حلَّ له أن يَشْهَدَ استحساناً.
والقياسُ أنْ لا تجوزُ؛ لأنَّ الجهالة في المشهود به تمنعُ جوازَ الشَّهادة، فكذا في المشهود له.
وجهُ الاستحسان: أنَّ المِلكَ المَشهودَ به معلومٌ، والنَّسبُ يثبُتُ بالتَّسامع، فصار المالكُ معلوماً بالتَّسامع أيضاً. فتح.

(٢) وذلك أن يَسمَعَ أنَّ لفلانِ بنِ فلانٍ الفلانيِّ ضيعةً في قريةِ كذا، حُدُودُها كذا، وهو لم يَعرِفْ تلك الضَّيعة ولم يُعاينْ يَدَهُ عليها، لا يَحِلُّ له أن يَشهَدَ له بالملك؛ لأنَّه مُجازِفٌ في هذه الشَّهادة. فتح.

(٣) وذلك أن يُعاينَ المالكَ، بأنْ عَرَفَه مَعرِفةً تامَّةً كما ذكرنا، وسَمِعَ أنَّ له ضيعةً في قرية كذا، وهو لا يعرف تلك الضَّيعةَ بِعَينها، لا يَسَعُه أنْ يَشهَدَ له بالمِلْك فيها؛ لأنَّه لم يحصل له العلمُ بالمحدود. فتح.

(٤) يعني: إذا عاينهما في يدِ إنسانٍ يَخدمانه.

(٥) بل في يد المستولي عليه. بناية.

(٦) أي: مصرف الاستثناء في قوله في المتن: «سوى العبد والأمة».

(٧) أي: في الكبيرين.

(٨) وهو قوله: «لأنَّ لهما يداً على أنفسهما يدفعان بها يدَ الغير» بخلاف الثِّياب والدَّوابِّ؛ لأنَّ لا يدَ لهما على أنفسهما. بناية.

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تُقبَلُ شَهادَةُ الأعمى ....

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال: (ولا تُقبَلُ شَهادَةُ الأعمى)، وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ - وهو رواية عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ -: تُقبلُ فيما يَجرِي فيه التَّسامُحُ؛ لأنَّ الحاجةَ فيه إلى السَّماع ولا خَلَلَ فيه.

وقال أبو يوسف والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ[1]: يجوزُ إذا كان بصيراً وقتَ التَّحمُّلِ لِحُصولِ العلم بالمعاينةِ، والأداءُ يختصُّ بالقولِ، ولسانُهُ غيرُ مَؤُوفٍ[2]، والتَّعريفُ يحصُلُ بالنِّسبة كما في الشَّهادة على الميت.

ولنا: أنَّ الأداءَ يَفتقِرُ إلى التَّمييزِ بالإشارةِ بينَ المَشهودِ له والمَشهودِ عليه، ولا يُميِّزُ الأعمى إلَّا بالنَّغمةِ، وفيه شُبهةٌ يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنها بجنسِ الشُّهودِ[3]، والنِّسبةُ لِتَعريفِ الغائبِ دونَ الحاضرِ، فصار كالحدود والقِصاص.

ولو عَمِي بعدَ الأداءِ يَمتنِعُ القضاءُ عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لأنَّ قيامَ أهليَّةِ الشَّهادةِ شرطٌ وقتَ القضاءِ؛ لِصَيرورتِها حُجَّةً عنده، وقد بَطَلَت وصارَ كما إذا خَرِس أو جُنَّ أو فَسَق، بخلاف[4] ما إذا ماتُوا أو غابُوا؛ لأنَّ الأهليَّةَ

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٧/ ٤٠) الكتب العلمية: شهادةُ الأعمى يَختلِفُ قَبولُها باختلافِ ما رتَّبناه من أقسام الشَّهادات الثلاثةِ مِمَّا كان طريقُ العلمِ به المُعاينةُ بالبصر كالأفعال، فشهادةُ الأعمى مردودةٌ بإجماع لفقدِ آلتِهِ بذهابِ بصرِهِ فيما يصيرُ عالماً به، وما كان طريقُ العلم به السَّماعُ كالأنساب، والأملاكِ، والموت، فشهادةُ الأعمى مقبولةٌ فيه؛ لمساواته للبصير في إدراكها بالسَّمع المُتكافئان فيه. ولو تحمَّل الشَّهادة على الأفعال وهو بصيرٌ ثمَّ عمي، قُبِلت شهادته. اهـ.

(٢) أي: لم تُصِبه آفة.

(٣) أي: الشُّهودُ المبصرون كُثُر، ويمكن الاستغناءُ بهم عنه.

(٤) جوابٌ عمَّا يقال: لا نُسلِّم أنَّ قيامَ الأهليَّةِ وقتَ القضاءِ شرطٌ، فإنَّ الشَّاهد إذا ماتَ أو غابَ قبلَ القضاءِ لا يمنعُ القضاءَ ولا أهليَّةَ عنده.

ولا المَملُوكِ ولا المَحدُودِ في القَذفِ وإنْ تابَ. ولو حُدَّ الكافرُ في قَذفٍ ثُمَّ أسلَمَ تُقبَلُ شهادَتُهُ. ولا شَهادَةِ الوالِدِ لِوَلَدِهِ ووَلَدِ وَلَدِهِ، ولا شَهادَةِ الوَلَدِ لأبَوَيهِ وأجدادِهِ.

بالموتِ قد انتهت، وبالغيبة ما بَطَلَت.

قال: (ولا المَملُوكِ)؛ لأنَّ الشَّهادةَ من بابِ الولايةِ، وهو لا يلي نفسَهُ، فأولى أن لا تَثبُتَ له الولايةُ على غيرِهِ.

(ولا المَحدُودِ في القَذْفِ وإنْ تابَ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾ [النُّور: ٤]، ولأنَّه من تَمامِ الحَدِّ لكونه مانعاً، فيبقى بعد التَّوبةِ كأصلِهِ، بخلاف المحدودِ في غيرِ القذفِ؛ لأنَّ الرَّدَّ لِلفِسقِ، وقد ارتفَعَ بالتَّوبةِ.

وقال الشَّافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(١)]: تُقبلُ إذا تاب؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [البَقَرة: ١٦٠]، استثنى التَّائبَ.

قلنا: الاستثناءُ يَنصرِفُ إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ﴾ [النُّور: ٤]، أو هو استثناءٌ مُنقطِعٌ بمعنى «لكن».

(ولو حُدَّ الكافرُ في قَذفٍ ثُمَّ أسلَمَ تُقبلُ شهادَتُهُ)؛ لأنَّ للكافر شهادةً، فكان ردُّها من تَمامِ الحدِّ، وبالإسلام حدَثَتْ له شهادةٌ أخرى، بخلاف العبدِ إذا حُدَّ ثم أعتِقَ؛ لأنَّه لا شهادةَ للعبدِ أصلاً، فتمامُ حدِّهِ يَرُدُّ شهادَتَهُ بعد العتق.

قال: (ولا شَهادَةِ الوالِدِ لِوَلَدِهِ ووَلَدِ وَلَدِهِ، ولا شَهادَةِ الوَلَدِ لأبَوَيهِ وأجدادِهِ)، والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: «لا تُقبلُ شهادةُ الولدِ لِوالِدِهِ، ولا الوالِدِ لِوَلدِهِ، ولا المرأةِ لِزَوجِها، ولا الزَّوجِ لامرأتِهِ، ولا العبدِ لسيِّدِهِ، ولا المولى لِعَبدِهِ، ولا الأجيرِ لِمَن استأجَرَهُ»[(٢)]، ولأنَّ المنافعَ بين الأولادِ والآباءِ متَّصلةٌ؛ لهذا لا يجوزُ أداءُ الزَّكاةِ

---

(١) انظر ص (٤٧٣) ت (٢).

(٢) قال الزيلعي (٤/ ٨٢): غريب، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنَّفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: في شهادة الولد لوالده (٢٢٨٦٠) عن إبراهيم النَّخعي قال: «لا تجوزُ شهادةُ الوالدِ لِوَلدِهِ، ولا الولدِ لوالدِهِ، ولا المرأةِ لزوجها، ولا الزَّوجِ لامرأتِهِ، ولا العبدِ لسيِّدِهِ، ولا السَّيِّدِ لعبدِهِ، =

ولا تُقبَلُ شَهادَةُ أحَدِ الزَّوجَينِ لِلآخَرِ، ....

إليهم، فتكونُ شهادةً لنفسِهِ من وجهٍ، أو تتمكَّن فيه التُّهمةُ.

قال العبدُ الضَّعيفُ: والمرادُ بالأجيرِ - على ما قالوا - التِّلميذُ الخاصُّ، الذي يَعُدُّ ضَرَرَ أستاذِهِ ضَرَرَ نفسِهِ ونَفْعَه نَفْعَ نفسِهِ، وهو معنى قوله ﷺ: «لا شهادةَ لِلقانعِ بأهلِ البيتِ»[1].

وقيل: المرادُ الأجيرُ مُسانَهَةً أو مُشَاهَرَةً أو مُياوَمَةً، فيستوجِبُ الأجرَ بِمَنافِعِهِ عندَ أداءِ الشَّهادةِ، فيصيرُ كالمستأجَرِ عليها[2].

قال: (ولا تُقبَلُ شَهادَةُ أحَدِ الزَّوجَينِ لِلآخَرِ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[3]: تُقبَلُ لأنَّ الأملاكَ بينهما مُتميِّزةٌ، والأيدي مُتحيِّزةٌ[4]، ولهذا يجري القِصاصُ والحَبسُ بالدَّينِ بينهما، ولا مُعتَبَر بما فيه من النَّفعِ[5]؛ لِثُبوتِهِ ضِمْناً، كما في الغَريمِ إذا شَهِد لِمَديونِهِ المُفلس.

= ولا الشَّريكِ لشريكِهِ، ولا كلِّ واحدٍ منهما لصاحبِهِ».
وأخرجه أيضاً عن شريح (٢٢٨٥٩)، وعن الحسن (٢٢٨٦٢).

(١) أخرج أحمد (٢/ ٢٠٤) (٦٨٩٩)، أبو داود في الأقضية، باب: من ترد شهادته (٣٦٠٠) عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَجوزُ شهادةُ خائنٍ ولا خائنةٍ، ولا ذي غَمرٍ على أخيه، ولا تجوزُ شهادةُ القانعِ لأهل البيتِ، وتجوزُ شهادتُهُ لغيرِهِم» واللفظ لأحمد.
وأخرج الترمذي من حديث عائشة في الشهادات، باب: ما جاء فيمن لا تجوز شهادته (٢٢٩٨).

(٢) لأنَّ شهادته عملٌ من أعمالِهِ، وجميعُ أعماله للمستأجِرِ في مدَّةِ الإجارة. بناية.

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٥٥١) دار الفكر: (وتُقبَلُ) الشَّهادة (لكلٍّ من الزَّوجين) للآخَرِ؛ لأنَّ الحاصل بينهما عقدٌ يطرأ ويزول، فلا يمنع قبولَ الشَّهادةِ، كما لو شهد الأجيرُ للمستأجِرِ وعكسه. وقيل: لا تقبل؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما وارثٌ لا يُحجَب فأشبَه الأبَ. اهـ.

(٤) أي: يدُ كلِّ واحدٍ منهما مُجتمِعَةٌ بنفسها غيرُ مُتفرِّقة في مِلْك الآخَرِ، غيرُ مُتعدِّيَة إليه. عناية.

(٥) أي: لا معتَبَرَ بما في قَبولِ شهادةِ أحدِهما لصاحِبِهِ من النَّفعِ الحاصِلِ منه للشَّاهد.

ولا شَهادَةُ المَولَى لِعَبدِهِ ولا لِمُكاتَبِهِ، ولا شهادَةُ الشَّريكِ لِشَريكِهِ فيما هو مِنْ شَرِكَتِهما. وتُقبَلُ شَهادةُ الرَّجلِ لأخيهِ وعَمِّهِ. ولا تُقبَلُ شهادةُ مُخَنَّثٍ ....

ولنا: ما روينا[1]، ولأنَّ الانتفاعَ مُتَّصلٌ عادةً، وهو المقصودُ، فيصيرُ شاهداً لنفسِهِ من وَجهٍ أو يصيرُ متَّهماً، بخلافِ شهادةِ الغَريمِ؛ لأنَّه لا ولايةَ له على المُشهودِ به.

(ولا شَهادَةُ المَولَى لِعَبدِهِ)؛ لأنَّه شهادةٌ لنفسِهِ من كلِّ وجهٍ[2] إذا لم يكنْ على العبد دَينٌ، أو منْ وَجهٍ إنْ كان عليه دَينٌ؛ لأنَّ الحالَ[3] موقوفٌ مُراعى[4]، (ولا لِمُكاتَبِهِ) لِما قلنا[5].

(ولا شهادَةُ الشَّريكِ لِشَريكِهِ فيما هو مِنْ شَرِكَتِهما)؛ لأنَّه شهادةٌ لنفسِهِ من وجهٍ لاشتراكهما، ولو شَهِد بما ليس من شَرِكتِهما تُقبلُ لانتفاء التُّهمة.

(وتُقبَلُ شَهادةُ الرَّجلِ لأخيهِ وعَمِّهِ[6])؛ لانعدامِ التُّهمةِ؛ لأنَّ الأملاكَ ومَنافِعَها مُتباينةٌ، ولا بُسُوطةَ لبعضهم في مالِ البعضِ.

قال: (ولا تُقبَلُ شهادةُ مُخَنَّثٍ)، ومُرادُهُ المُخنَّثُ في الرَّديءِ من الأفعال؛ لأنَّه فاسقٌ، فأمَّا الذي في كلامِهِ لِينٌ، وفي أعضائه تكسُّرٌ فهو مَقبولُ الشَّهادةِ.

---

(١) أي: الحديث المتقدِّم، وهو: «لا تُقبلُ شهادةُ الولدِ لوالِدِهِ، ...».
(٢) لأنَّ العبدَ وما في يده لمولاه. بناية.
(٣) أي: حال العبد.
(٤) أي: بين أن يصيرَ العبدُ لِلغُرماءِ بسبب بَيعِهِ في دَينِهِم، وبينَ أن يبقى للمولى كما كان بسببِ قَضاءِ دَينه. عناية.
(٥) أي: مِنْ كونِ الحالِ موقوفاً مُراعى؛ لأنَّه إنْ أدَّى بدَلَ الكتابةِ صار أجنبيّاً، وإن لم يُؤدِّ عاد رقيقاً، فكانت شهادة لنفسه. عناية.
(٦) وكذا لسائرِ الأقاربِ غيرِ الوِلادِ لانتفاءِ التُّهمةِ بتبايُنِ الأملاكِ ومَنافِعِها. عناية.

ولا نائِحَةٍ ولا مُغنِّيةٍ، ولا مُدْمِنِ الشُّربِ على اللَّهوِ، ولا مَنْ يَلعَبُ بِالطُّيُورِ، ولا مَنْ يُغنِّي لِلنَّاسِ، ولا مَنْ يأتي باباً مِنَ الكبائرِ التي يَتعلَّقُ بها الحَدُّ، ولا مَنْ يَدخُلُ الحَمَّامَ مِنْ غَيرِ مِئْزَرٍ أو يَأكُلُ الرِّبا، أو يُقامِرُ بالنَّردِ والشِّطْرَنْجِ، ....

(ولا نائِحَةٍ ولا مُغنِّيةٍ)؛ لأنَّهما يرتكبان مُحرَّماً، فإنَّه ﷺ: «نهى عن الصَّوتَينِ الأحمقَينِ: النَّائحةِ والمُغنِّيةِ»[1].

(ولا مُدْمِنِ الشُّربِ على اللَّهوِ[2])؛ لأنَّه ارتكبَ مُحرَّمَ دِينِهِ.

(ولا مَنْ يَلعَبُ بِالطُّيُورِ)؛ لأنَّه يُورِثُ غفلةً، ولأنَّه قد يَقِفُ على عوراتِ النِّساءِ بِصُعودِهِ على سطحِهِ لِيُطيِّرَ طَيْرَه. وفي بعض النُّسخ: «ولا مَنْ يلعب بالطَّنبور» وهو المُغنِّي.

(ولا مَنْ يُغنِّي لِلنَّاسِ)؛ لأنَّه يجمَعُ النَّاسَ على ارتكاب كبيرةٍ.

(ولا مَنْ يأتي باباً مِنَ الكبائرِ التي يَتعلَّقُ بها الحَدُّ) للفِسْق.

قال: (ولا مَنْ يَدخُلُ الحَمَّامَ مِنْ غَيرِ مِئْزَرٍ)؛ لأنَّ كشفَ العورةِ حرامٌ، (أو يَأكُلُ الرِّبا، أو يُقامِرُ بالنَّردِ والشِّطْرَنْجِ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك من الكبائر، وكذلك مَنْ تَفوتُهُ الصَّلاةُ للاشتغال بهما، فأمَّا مُجرَّدُ اللَّعِبِ بالشِّطْرَنْجِ فليس بِفِسقٍ مانعٍ من الشَّهادة؛ لأنَّ للاجتهاد فيه مَساغاً.

---

(١) أخرج الحاكم (٤/ ٤٣) (٦٨٢٥)، والترمذي في الجنائز، باب: ما جاء في الرخصة في البكاء على الميت (١٠٠٥) عن عبد الرَّحمنِ بن عوف رضي الله عنه قال: أخَذَ النَّبيُّ ﷺ بيدي، فانطلقتُ معه إلى إبراهيمَ ابنِهِ و هو يَجُودُ بنفسِهِ، فأخَذَه النَّبيُّ ﷺ في حِجْرِهِ حتَّى خرجت نفسُهُ، قال: فوَضَعَه وبكى، قال: فقلتُ: تَبكي يا رسول الله ﷺ وأنتَ تَنهى عن البكاء؟ قال: «إنِّي لم أنهَ عن البكاءِ ولكنِّي نَهيتُ عن صَوتَينِ أحمقَينِ فاجِرَينِ: صَوتٍ عندَ نَغمةِ لَهوٍ ولَعِبٍ و مَزاميرِ الشَّيطانِ، وصوتٍ عندَ مصيبةٍ لَطمِ وُجوهٍ وشَقِّ جُيوبٍ، وهذه رحمةٌ، ومن لا يَرحَمُ لا يُرحَمُ ...» الحديث، واللفظُ للحاكم.

(٢) شرَطَ الإدمانَ لِيَظهَرَ ذلك عندَ النَّاس، فإنَّ المُتَّهمَ بِشُربِ الخمرِ في بيته مَقبولُ الشَّهادةِ وإن كان كبيرةً.

ولا مَنْ يَفْعَلُ الأفعالَ المُستَحْقَرَةَ، كالبولِ على الطَّريقِ، والأكلِ على الطَّريقِ، ولا تُقبَلُ شَهادةُ مَنْ يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ. وتُقبَلُ شَهادةُ أهلِ الأهواءِ إلَّا الخَطَّابِيَّةَ.

وشَرَطَ في الأصل أن يكونَ آكِلُ الرِّبا مَشهوراً به؛ لأنَّ الإنسانَ قلَّما يَنجُو عن مباشرةِ العقودِ الفاسدَةِ، وكلُّ ذلك ربا.

قال: (ولا مَنْ يَفْعَلُ الأفعالَ المُستَحْقَرَةَ، كالبولِ على الطَّريقِ، والأكلِ على الطَّريقِ)؛ لأنَّه تاركٌ لِلمُروءةِ[1]، وإذا كان لا يَستحي عن مثلِ ذلك لا يَمتنِعُ عن الكذب، فيُتَّهم.

(ولا تُقبَلُ شَهادةُ مَنْ يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ)؛ لِظُهور فِسقِهِ، بخلاف مُن يَكتُمُه.

(وتُقبَلُ شَهادةُ أهلِ الأهواءِ[2] إلَّا الخَطَّابِيَّةَ)، وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ[3]: لا تُقبَل؛ لأنَّه أغلَظُ وُجوهِ الفسقِ.

---

(١) المروءة: كمالُ الإنسانِ من صِدْقِ اللِّسانِ، واحتمالِ عَثَراتِ الإخوان، وبَذلِ الإحسان إلى أهلِ الزَّمان، وكَفِّ الأذى عن الجيران. وقيل المروءة: التَّخلُّقُ بأخلاق أمثاله، وأقرانِهِ وولدانه في لُبسِهِ ومَشيِهِ وحركاته وسكناته، وسائر صفاته. وفي المفاتيح: خوارمُ المروءةِ كالدِّباغة، والحِجَامة، والحِياكة ممَّن لا يليقُ به من غير ضرورة، وكالبولِ في الطَّريق وصُحبةِ الأراذل، واللَّعِب بالحَمَام، وأمثال ذلك. ومُجمَلُها: الاحترازُ عمَّا يُذَمُّ عُرْفاً. شرح شرح نخبة الفكر لِمُلا علي القاري.

(٢) والهوى: مَيلانُ النَّفس إلى ما يُستلَذُّ به من الشَّهوات، وإنَّما سُمُّوا به لمتابعتِهِم النَّفسَ ومُخالفتِهِم السُّنَّةَ كالخوارج والرَّوافض، فإنَّ أصولَ الأهواءِ الجبرُ والقَدَرُ والرَّفضُ والخروجُ والتَّشبيهُ والتَّعطيلُ، ثمَّ كلُّ واحدٍ منهم يَفترِق اثنتي عشرة فرقة. عناية.

(٣) قال النووي في الروضة (٨/ ٢١٥) الكتب العلمية: مَن كفَرَ من أهلِ البدع لا تُقبَل شهادته، وأمَّا مَن لا يُكفَر من أهلِ البدعِ والأهواء، فقد نَصَّ الشَّافعي رَحِمَهُ اللهُ في الأم والمختصر على قبولِ شهادتهم إلَّا الخَطَّابيَّة، وهم قومٌ يرون جوازَ شهادةِ أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول: «لي على فلان كذا»، فيصدِّقُه بيمينٍ أو غيرها، ويشهدُ له اعتماداً على أنَّه لا يكذب هذا نصه.

وللأصحاب فيه ثلاث فرق: والصَّحيح ما ذهب إليه الجمهور، من إبقاء قول الشافعي على ظاهره، وقَبولُ شهادةِ الجميع. اهـ بتصرف واختصار.

وتُقبَلُ شهادَةُ أهلِ الذِّمَّةِ بَعضِهِم على بَعضٍ وإنِ اختَلَفَتْ مِلَلُهُم. ....

ولنا: أنَّه فِسقٌ من حيثُ الاعتقادُ، وما أوقَعَهُ فيه إلَّا تديُّنُه به، وصار كمن يَشرَبُ المُثَلَّثَ[1]، أو يأكلُ متروكَ التَّسميةِ عامداً[2] مُستبيحاً لذلك، بخلاف الفِسقِ من حيثُ التَّعاطي.

أمَّا الخَطَّابيةُ فهم قومٌ من غُلاةِ الرَّوافضِ[3]، يعتقدون الشَّهادةَ لكلِّ مَن حَلَفَ عندهم. وقيل: يَرَون الشَّهادةَ لِشيعتِهِم واجبةً، فتمكَّنَتِ التُّهمةُ في شهادتهم لِظُهورِ فِسْقِهِم.

قال: (وتُقبَلُ شهادَةُ أهلِ الذِّمَّةِ بَعضِهِم على بَعضٍ وإنِ اختَلَفَتْ مِلَلُهُم)، وقال مالكٌ والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[4]: لا تُقبلُ لأنَّه فاسقٌ، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البَقَرَة: ٢٥٤]، فيجبُ التَّوقُّفُ في خَبرِهِ، ولهذا لا تُقبلُ شهادتُهُ على المسلمِ فصار كالمرتدِّ.

---

(١) أي: من الحنفيَّة، والمثلَّث - هو عصيرُ العِنَب إذا طُبخ حتَّى ذهب ثُلُثاه وبقي ثُلُثُه - حلالٌ وإنِ اشتدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد ومالك والشَّافعيُّ: حرام. وسيأتي مزيد تفصل في كتاب الأشربة.

(٢) أي: من الشَّافعية، فمتروكُ التَّسميةِ عمداً بعد كون الذابحِ مسلماً مأكولٌ، وسيأتي مزيد تفصيل في كتاب الذَّبائح.

(٣) الخطابية: من الشِّيعةِ فرقةٌ تُسمَّى الغالية، وهم خمسة عشرة فرقة، منهم الخَطَّابيَّة، أصحابُ أبي الخطَّاب بن أبي زينب، المقتولُ في زمن المنصور، وهم خمسُ فِرَق كلُّهم يزعمون أن الأئمَّة أنبياء مُحَدَّثون ورُسُلُ الله وحُجَجُه على خَلقِه، لا يزال منهم رسولان واحدٌ ناطقٌ والآخَرُ صامتٌ، فالنّاطقُ محمد ﷺ والصَّامتُ علي بن أبي طالب، فهم في الأرض، اليوم طاعتهم مُفتَرَضة على جميع الخلق، يَعلَمون ما كان وما هو كائن، وزعموا أنَّ أبا الخَطاب نبيٌّ... إلى غير ذلك. اهـ مقالات الإسلاميين بتصرف.

(٤) قال النووي في الروضة (٨/ ١٩٩) الكتب العلمية: أهليَّةُ الشَّهادةِ لها شروط، منها: التَّكليفُ، والحرِّيَّةُ، والإسلام، فلا تُقبل شهادةُ صبيٍّ ولا مجنونٍ، ولا مَن فيه رِقٌّ، ولا كافرٍ ما، سواءٌ شهد على مسلم أو كافر. الشرط الرَّابعُ العدالة. اهـ.

ولا تُقبَلُ شهادَةُ الحَربيِّ على الذِّمِّيِّ. وتُقبَلُ شهادةُ المُستأمِنِينَ بَعضِهِم على بعضٍ إذا كانوا مِنْ أهلِ دارٍ واحدةٍ، فإنْ كانوا مِنْ دارَيْنِ كالرُّومِ والتُّركِ لا تُقبَلُ. ....

ولنا: ما روي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ أجازَ شهادةَ النَّصارى بعضِهم على بعض»[1]، ولأنَّه من أهلِ الولايةِ على نفسِهِ وأولادِهِ الصِّغارِ، فيكونُ من أهلِ الشَّهادةِ على جنسه، والفِسقُ من حيثُ الاعتقادُ غيرُ مانعٍ؛ لأنَّه يجتنبُ ما يَعتقِدُه مُحرَّمَ دِينِهِ، والكذبُ مَحظورُ الأديانِ كلِّها.

بخلافِ المُرتدِّ؛ لأنَّه لا ولاية له، وبخلافِ شهادةِ الذِّمِّيِّ على المسلم؛ لأنَّه لا ولايةَ له بالإضافة إليه، ولأنَّه يَتقوَّلُ عليه لأنَّه يُغيظُهُ قَهرُهُ إيَّاه، ومِلَلُ الكُفرِ وإنِ اختلفَتْ فلا قَهْرَ، فلا يَحمِلُهُمُ الغيظُ على التَّقوُّل.

قال: (ولا تُقبَلُ شهادَةُ الحَربيِّ على الذِّمِّيِّ)، أراد به[2] - والله أعلم - المستأمَنَ[3]؛ لأنَّه لا ولايةَ له عليه؛ لأنَّ الذِّمِّيَّ من أهلِ دارنا، وهو أعلى حالاً منه، وتُقبلُ شهادةُ الذِّمِّيِّ عليه كشهادةِ المسلمِ عليه وعلى الذِّمِّيِّ.

(وتُقبَلُ شهادةُ المُستأمِنِينَ بَعضِهِم على بعضٍ إذا كانوا مِنْ أهلِ دارٍ واحدةٍ، فإنْ كانوا مِنْ دارَيْنِ كالرُّومِ والتُّركِ لا تُقبَلُ)؛ لأنَّ اختلافَ الدَّارينِ يقطعُ الولايةَ، ولهذا يُمنَعُ التَّوارثُ.

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ٨٥): غريبٌ بهذا اللَّفظ، وهو غيرُ مُطابِقٍ للحُكمَين، فإنَّ المصنِّفَ قال: وتُقبَلُ شهادةُ أهلِ الذِّمَّةِ بَعضِهِم على بعض، وإنِ اختلفتِ مِلَلُهُم، ثمَّ استدلَّ بالحديث، ولو قال: «أهل الكتاب» عِوَض «النَّصارى»، لكان أولى، وموافقاً للحكمين، أعني: اتِّحادَ المِلَّةِ واختلافها، هكذا أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب: شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض (٢٣٧٤) عن جابر بن عبد الله أنَّ رسول الله أجازَ شهادةَ أهلِ الكتابِ، بَعضِهِم على بعض.

(٢) أي: بالحربيِّ.

(٣) لأنَّ الحربيَّ لو دخل بغير استئمان يُؤخذ قهراً ويُسترقُّ، ويصيرُ عبداً، فلا تُقبلُ شهادةُ العبد على أحد. بناية.

وإنْ كانتِ الحَسَناتُ أغلَبَ مِنَ السَّيِّئاتِ والرَّجلُ مِمَّنْ يَجتنِبُ الكبائرَ، قُبِلَتْ شهادَتُهُ وإنْ أَلَمَّ بِمَعصيةٍ. وتُقبَلُ شَهادَةُ الأقلَفِ والخَصِيِّ وَوَلَدِ الزِّنا. ....

بخلاف الذِّمِّيِّ[1]؛ لأنَّه من أهل دارنا[2]، ولا كذلك المُستأمَنُ.

(وإنْ كانتِ الحَسَناتُ أغلَبَ مِنَ السَّيِّئاتِ والرَّجلُ مِمَّنْ يَجتنِبُ الكبائرَ، قُبِلَتْ شهادَتُهُ وإنْ أَلَمَّ بِمَعصيةٍ)، هذا هو الصَّحيحُ في حدِّ العدالةِ المُعتَبرةِ، إذْ لا بدَّ من تَوقِّي الكبائر كلها، وبعد ذلك[3] يُعتبَر الغالبُ كما ذكرنا.

فأمَّا الإلمامُ بمعصيةٍ لا تَنقدِحُ به العدالةُ المشروطةُ، فلا تُردُّ به الشَّهادةُ المشروعةُ لأنَّ في اعتبار اجتنابِهِ الكلَّ سَدُّ بابِهِ، وهو مفتوحٌ إحياءً للحقوق.

قال: (وتُقبَلُ شَهادَةُ الأقلَفِ)؛ لأنَّه لا يُخِلُّ بالعدالةِ إلَّا إذا تركَهُ استخفافاً بالدِّين؛ لأنَّه لم يبقَ بهذا الصَّنيعِ عدلاً. (والخَصِيِّ)؛ لأنَّ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَبِلَ شهادةَ علقمةَ الخَصيِّ[4]، ولأنَّه قُطِعَ عُضوٌ منه ظلماً، فصار كما إذا قُطِعت يده.

(وَوَلَدِ الزِّنا)؛ لأنَّ فِسقَ الأبوينِ لا يُوجِبُ فِسقَ الوَلَدِ، كَكُفرِهِما وهو مُسلمٌ. وقال مالك رَحِمَهُ اللهُ[5]: لا تُقبلُ في الزِّنا؛ لأنَّه يُحبُّ أن يكون غيرُهُ كمثلِهِ، فيُتَّهم.

---

(١) جوابٌ عمَّا يقال: اختلافُ الدَّارين لو قَطَع الولايةَ لَما قُبِلت شهادةُ الذِّمِّيِّ على المستأمَنِ؛ لوجودِهِ، لكنَّها قُبِلَت. عناية.

(٢) ومن هو كذلك فله الولاية العامَّةُ لِشَرفِها، فكان الواجبُ قَبولُ شهادةِ الذِّمِّيِّ على المسلم كعكسه، لكن تركناه بالنَّصِّ، ولا نصَّ في المستأمَنِ فَتُقبل شهادةُ الذِّمِّيِّ عليه. عناية.

(٣) أي: بعد التَّوقِّي عن الكبائر كلِّها.

(٤) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: في شهادة الخصي (٢٣٢١٩) عن ابن سيرين أنَّ عمرَ أجاز شهادةَ علقَمَةَ الخَصِيِّ على ابنِ مَظعون.

(٥) مذهب المالكيَّة: أنَّ الشَّاهدَ إذا اتُّهم بحرصِهِ على مشاركةِ غيرِهِ له في معرَّتِهِ لتهونَ عليه مصيبَتُهُ؛ لأنَّ المصيبةَ إذا عمَّت هانت وإذا خصَّت هالت، كشهادةِ ولدِ الزِّنا في الزِّنا، أو شهادةِ مَن حُدَّ لِسُكرٍ أو قذفٍ مثلاً، في مِثلِ ما حُدَّ فيه بخصوصِه، أمَّا في غيرِهِ كمن حُدَّ في شربٍ فشَهِدَ في قذفٍ فيُقبَلُ. انظر الشرح الكبير المطبوع في هامش حا الدسوقي (٤/ ١٧٣).

وشهادةُ الخُنْثَى جائزةٌ. وشهادَةُ العُمَّالِ جائزةٌ. وإذا شَهِدَ الرَّجلانِ أنَّ أباهما أوصى إلى فُلانٍ، والوَصيُّ يَدَّعي ذلك، فهو جائزٌ استحساناً، وإنْ أنكَرَ الوَصيُّ لم يَجُزْ.

قلنا: العدلُ لا يَختارُ ذلك[1] ولا يَستحِبُّه، والكلامُ في العدل.

قال: (وشهادةُ الخُنْثَى جائزةٌ)؛ لأنَّه رجلٌ أو امرأةٌ، وشهادةُ الجِنسَين مَقبولةٌ بالنَّصِّ.

(وشهادَةُ العُمَّالِ جائزةٌ)، والمرادُ عمَّالُ السُّلطانِ عند عامَّةِ المشايخ؛ لأنَّ نفسَ العملِ ليس بِفِسقٍ إلَّا إذا كانوا أعواناً على الظُّلم.

وقيل: العاملُ إذا كان وَجيهاً في النَّاسِ، ذا مُروءةٍ لا يُجازفُ في كلامِهِ، تُقبَلُ شهادتُهُ كما مَرَّ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ في الفاسق، لأنَّه لوجاهته لا يُقدِمُ على الكذب حِفظاً للمروءة، ولِمَهابتِهِ لا يُستأجَرُ على الشَّهادة الكاذبةِ.

قال: (وإذا شَهِدَ الرَّجلانِ أنَّ أباهما أوصى إلى فُلانٍ، والوَصيُّ يَدَّعي ذلك، فهو جائزٌ استحساناً، وإنْ أنكَرَ الوَصيُّ لم يَجُزْ). وفي القياس: لا يجوزُ إنِ ادَّعى[2]، وعلى هذا[3] إذا شَهِد المُوصَى لهما بذلك، أو غَريمانِ لهما على الميتِ دَينٌ، أو للميت عليهما دَينٌ، أو شَهِدَ الوَصيَّانِ أنَّه أوصى إلى هذا الرَّجلِ معهما[4].

وجه القياس: أنَّها شهادةٌ للشَّاهد؛ لِعَودِ المَنفعةِ إليه[5].

---

(١) أي: لا يختارُ أن يكون غيره مثله.

(٢) أي: إن ادَّعى الوصيُّ الوصايةَ.

(٣) أي: على ما ذُكر من الجواز عند دعوى الوصيِّ بذلك، وعدمِ الجوازِ عند إنكاره ذلك.

(٤) في الفتح: صورتها: رجلٌ ادَّعى أنَّه وصيُّ فلانٍ الميتِ فشهدَ بذلك اثنانِ مُوصَى لهما بمالٍ، أو وارثانِ لذلك الميت، أو غريمان لهما على الميت دَينٌ، أو للميت عليهما دينٌ، أو وَصيَّانِ، فالشَّهادةُ جائزةٌ استحساناً.

(٥) أمَّا الوارثان لِقَصدِهما نَصْبَ مَن يَتصرَّفُ لهما ويُريحُهُما ويقومُ بإحياءِ حقوقهما، والغَريمانِ الدَّائنان والمُوصَى لهما لِوُجود مَن يَستوفيانِ منه، والمَديونان لِوُجود مَن يَبرآنِ بالدَّفع إليه، والوصيَّان لوجود مَن يُعِينُهما في التَّصرُّف في المال والمطالبةِ، وكلُّ شهادةٍ جرَّتْ نفعاً لا تُقبلُ. فتح.

وإنْ شَهِدا أنَّ أباهما الغائِبَ وَكَّلَه بِقَبضِ دُيونِهِ بالكوفةِ، فادَّعى الوكيلُ أو أنكَرَهُ، لا تُقبَلُ شَهادَتُهما. ولا يَسمَعُ القاضي الشَّهادةَ على جَرحٍ، ولا يَحكُمُ بذلك،

وجه الاستحسان: أنَّ للقاضي وِلايةَ نَصبِ الوَصيِّ إذا كان[1] طالباً والموتُ معروفٌ، فَيُكفى القاضي بهذه الشَّهادةِ مُؤْنَةَ التَّعيين، لا أن يَثبُتَ بها شيءٌ، فصار كالقُرعةِ، والوصِيَّانِ إذا أقرَّا أنَّ معهما ثالثاً يَملِكُ القاضي نَصْبَ ثالثٍ معهما لِعَجزِهما عن التَّصرُّف باعترافهما.

بخلاف ما إذا أنكر[2] أولم يُعرَفِ الموتُ[3]؛ لأنَّه ليس له وِلايةُ نَصبِ الوَصيِّ، فتكون الشَّهادةُ هي المُوجِبةُ.

وفي الغَريمَين للميت عليهما دَينٌ تُقبلُ الشَّهادةُ وإنْ لم يكنِ الموتُ معروفاً؛ لأنَّهما يُقِرَّان على أنفسِهما، فَيَثبتُ الموتُ باعترافِهما في حقِّهما.

(وإنْ شَهِدا أنَّ أباهما الغائِبَ وَكَّلَه بِقَبضِ دُيونِهِ بالكوفةِ، فادَّعى الوكيلُ أو أنكَرَهُ، لا تُقبَلُ شَهادَتُهما)؛ لأنَّ القاضي لا يَملِكُ نصبَ الوكيلِ عن الغائب، فلو ثَبَتَ إنَّما يَثبُتُ بِشَهادتِهما، وهي غيرُ مُوجِبَةٍ لمكان التُّهمةِ.

قال: (ولا يَسمَعُ القاضي الشَّهادةَ على جَرحٍ[4] مجرَّدٍ ولا يَحكُمُ بذلك)؛ لأنَّ

---

(١) أي: الوصيُّ.

(٢) أي: الوصيُّ، فليس للقاضي أن يُجبر أحداً على الوصاية.

(٣) لأنَّه إذا لم يكن الموت ظاهراً لم يكن للقاضي ولايةُ نَصبِ الوصيِّ.

(٤) المراد بالجرح المجرَّد: هو أن يطعنَ المدَّعى عليه بالشُّهودِ، بطعنٍ لا يدخل تحت حكمِ القاضي، كقوله: «إنَّهم فسَقَة». وأمَّا الجرح الذي هو غير مجرَّد فهو أن يكون:
- مقروناً بحقٍّ من حقوقِ الله تعالى، بأن أقام المدَّعى عليه البيِّنةَ أنَّ الشهودَ أكلوا الرِّبا أو شربوا الخمرَ، كان المقصودُ إقامةَ الحدِّ، وهو ممَّا يدخلُ تحت الحكم.
- أو أن يكون مقروناً بحقٍّ من حقوق العباد، نحو أن يقول: «صالحتُ هؤلاء الشُّهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليَّ هذه الشَّهادة، ودفعتُ إليهم المالَ، ولم يوفوا ما شرطوا، فإنِّي أطالبهم بما دفعت إليهم» قُبِل هذا الجرحُ؛ لأنَّ فيه إيجابَ ردِّ المال، وهو ممَّا يدخل تحتَ الحكم، حتى لو =

إلَّا إذا شَهِدُوا على إقرارِ المُدَّعِي بذلك، تُقبَلُ . ولو أقامَ المُدَّعَى عليه البَيِّنَةَ أنَّ المُدَّعِي استأجَرَ الشُّهودَ، لم تُقْبَلْ. ....

الفِسقَ ممَّا لا يدخُلُ تحتَ الحُكمِ؛ لأنَّ له الدَّفعَ بالتَّوبةِ، فلا يتحقَّقُ الإلزامُ، ولأنَّه هَتكُ السِّرِّ، والسَّترُ واجبٌ، والإشاعةُ حرامٌ، وإنَّما يُرخَّصُ ضرورةَ إحياءِ الحقوق، وذلك فيما يدخلُ تحتَ الحُكمِ.

(إلَّا إذا شَهِدُوا[1] على إقرارِ المُدَّعِي بذلك، تُقبلُ)؛ لأنَّ الإقرارَ مِمَّا يدخلُ تحتَ الحكم.

قال: (ولو أقامَ المُدَّعَى عليه البيِّنَةَ أنَّ المُدَّعِي استأجَرَ الشُّهودَ، لم تُقْبَلْ)؛ لأنَّه شهادةٌ على جَرحٍ مُجرَّدٍ.

والاستئجارُ[2] وإن كان أمراً زائداً عليه، فلا خَصْمَ في إثباته؛ لأنَّ المُدَّعَى عليه في ذلك أجنبيٌّ عنه[3]، حتَّى لو أقام المُدَّعى عليه البيِّنةَ أنَّ المدَّعي استأجَرَ الشُّهودَ بعشَرَةِ دراهم لِيُؤدُّوا الشَّهادةَ وأعطاهم العشَرَةَ من مالي الذي كان في يدِهِ، تُقبَلُ؛ لأنَّه خَصْمٌ في ذلك، ثمَّ يَثبُتُ الجرحُ بناءً عليه.

وكذا إذا أقامَها على «أنِّي صالحتُ الشُّهودَ على كذا من المال، ودفعتُهُ إليهم على أن لا يَشهَدُوا عليَّ بهذا الباطلِ، وقد شَهِدُوا» وطالَبَهُم برَدِّ ذلك المال.

ولهذا قلنا: إنَّه لو أقام البيِّنَةَ أنَّ الشَّاهدَ عبدٌ، أو محدودٌ في قَذفٍ، أو شاربُ خمرٍ، أو قاذفٌ، أو شريكُ المُدَّعِي، تُقبلُ.

= قال: «صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليَّ هذه الشهادةَ، ولكن لم أدفع المال إليهم» لا تُقبل. لكنوي.

(١) أي: إلا إذا شهد شهودُ المدَّعى عليه، على المدَّعي بأنَّه أقرَّ بأنَّ شهوده فسقةٌ. عناية بتصرف.

(٢) هذا جوابٌ عما يقال: إنَّ قولَ المدَّعى عليه: «استأجَرَهُم» ليس جرحاً مجرَّداً، بل فيه إثباتُ أمرٍ زائدٍ وهو الاستئجار، وهو حقُّ المدَّعي، فيثبتُ الجرح في ضمنه. بناية.

(٣) أي: المُدَّعى عليه ليس نائباً عن المُدَّعي في إثباتِ حقِّه هذا، بل أجنبيٌّ عنه.

ومَنْ شَهِدَ ولَمْ يَبْرَحْ حتَّى قال: «أُوهِمْتُ بعضَ شَهادتي»، فإنْ كان عَدْلاً جازَتِ شهادَتُهُ.

قال: (ومَنْ شَهِدَ ولَمْ يَبْرَحْ حتَّى قال: «أُوهِمْتُ بعضَ شَهادتي»، فإنْ كان عَدْلاً جازَتِ شهادَتُهُ). ومعنى قوله: «أُوهِمت» أي: أخطأتُ بنسيانٍ ما كان يحقُّ عليَّ ذِكرُهُ، أو بزيادةٍ كانت باطلةً.

ووجهه: أنَّ الشَّاهدَ قد يُبتلَى بمثلِهِ لِمَهابةِ مَجلسِ القضاءِ، فكان العذرُ واضحاً، فَتُقبلُ إذا تَدارَكَه في أوانِهِ، وهو عدلٌ.

بخلاف ما إذا قام عن المجلسِ ثمَّ عاد وقال: «أُوهِمت»؛ لأنَّه يُوهِم الزِّيادةَ من المُدَّعي بِتَلبيسٍ وخيانةٍ، فوَجَبَ الاحتياطُ، ولأنَّ المجلسَ إذا اتَّحدَّ لَحِقَ المُلحَقُ بأصلِ الشَّهادةِ، فصار ككلام واحدٍ، ولا كذلك إذا اختَلَفَ.

وعلى هذا إذا وَقَعَ الغَلَطُ في بعضِ الحدودِ[1]، أو في بعضِ النَّسَبِ[2]، وهذا إذا كان مَوضِعَ شبهةٍ، فأمَّا إذا لم يكنْ فلا بأسَ بإعادةِ الكلامِ أصلاً، مثلَ أن يدَعَ لفظَةَ الشَّهادة وما يجري مَجرَى ذلك، وإن قامَ عن المجلِسِ بعدَ أنْ يكون عدلاً.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنَّه يُقبل قولُه في غيرِ المجلس إذا كان عدلاً، والظَّاهرُ ما ذكرناه، والله أعلم.

---

(١) بأن ذَكَر جهةَ المَشرقِ في مكان جهةِ المَغرِب.

(٢) بأن قال: «محمد بن خالد بن أحمد» مكان «محمد بن أحمد بن سعيد» مثلاً تقبل شهادته إذا تداركه في المجلس، ولا تقبل بعده. بناية.

باب الاختلاف في الشهادة

الشَّهادةُ إذا وَافَقَتِ الدَّعوى قُبِلَتْ، وإنْ خالَفَتْها لم تُقبَلْ. ويُعتَبَرُ اتِّفاقُ الشَّاهِدَينِ في اللَّفظِ والمَعنَى عند أبي حنيفة، فإنْ شَهِدَ أحَدُهُما بألفٍ والآخَرُ بألفَينِ لم تُقبَلِ الشَّهادةُ عنده، وعندهما: تُقبَلُ على الألفِ إذا كانَ المُدَّعِي يَدَّعِي الألفين.

(باب الاختلاف في الشهادة)

قال: (الشَّهادةُ إذا وَافَقَتِ الدَّعوى قُبِلَتْ، وإنْ خالَفَتْها لم تُقبَلْ)؛ لأنَّ تقدُّمَ الدَّعوى في حقوقِ العبادِ شرطُ قَبولِ الشَّهادةِ، وقد وُجِدَت فيما يُوافِقُها وانعدمت فيما يُخالِفُها.

قال: (ويُعتَبَرُ اتِّفاقُ الشَّاهِدَينِ في اللَّفظِ والمَعنَى عند أبي حنيفة، فإنْ شَهِدَ أحَدُهُما بألفٍ والآخَرُ بألفَينِ لم تُقبَلِ الشَّهادةُ عنده، وعندهما: تُقبَلُ على الألفِ إذا كانَ المُدَّعِي يَدَّعِي الألفين)[١]، وعلى هذا المائةُ والمائتان، والطَّلقةُ والطَّلقتان، والطَّلقةُ والثَّلاثُ.

لهما: أنَّهما اتَّفقا على الألف أو الطَّلقة، وتفرَّدَ أحَدُهما بالزِّيادة، فَيَثبُتُ ما اجتمعا عليه دونَ ما تفرَّد به أحَدُهما، فصارَ كالألفِ والألفِ والخمسمائة.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّهما اختلفا لفظاً، وذلك يدلُّ على اختلافِ المعنى؛ لأنَّه يُستفاد باللَّفظ، وهذا لأنَّ الألفَ لا يُعبَّر به عن الألفين، بل هما جملتان مُتباينتان، فحصَلَ على كلِّ واحدٍ منهما شاهدٌ واحدٌ، فصار كما إذا اختَلَفَ جنسُ المال[٢].

---

(١) بخلاف ما لو كان يدَّعي ألفاً، لا يَقضي بشيءٍ اتِّفاقاً؛ لأنَّه أكذَبَ شاهدَ الألفين، إلَّا إن وَفَّق فقال: كان لي عليه ألفان فقضاني ألفاً، أو أبرأته من ألفٍ والشَّاهدُ لا يعلمُ بذلك، فحينئذٍ يَقضي له بالألف.

(٢) بأن شَهِدَ أحدُهما بِكُرِّ شعير والآخر بكُرِّ حنطة، والمدَّعي يدَّعي الشَّعيرَ، فلا تقبل على شيء أصلا؛ لأنَّ المدَّعي كذَّب شاهد الحنطة.

وإذا شَهِدَ أَحَدُهُما بالألفِ والآخَرُ بألفٍ وخَمسمائةٍ، والمُدَّعِي يَدَّعِي ألفاً وخَمسَمائةٍ، قُبِلَتِ الشَّهادةُ على الألفِ. وإنْ قال المُدَّعِي: «لم يكنْ لي عليهِ إلَّا الألفُ» فشهادَةُ الذي شَهِدَ بالألفِ وخَمسِمائةٍ باطِلَةٌ. وإذا شَهِدا بألفٍ وقال أحَدُهُما: «قَضاهُ منها خَمسَمائةٍ» قُبِلَت شهادَتُهُما بالألفِ، ولم يَسْمَعْ قَولَهُ: «إنَّهُ قَضاهُ» إلَّا أنْ يَشهَدَ مَعَهُ آخَرُ.

قال: (وإذا شَهِدَ أَحَدُهُما بالألفِ والآخَرُ بألفٍ وخَمسمائةٍ، والمُدَّعِي يَدَّعِي ألفاً وخَمسَمائةٍ، قُبِلَتِ الشَّهادةُ على الألفِ)؛ لاتِّفاقِ الشَّاهدينِ عليها لفظاً ومعنىً؛ لأنَّ الألفَ والخَمسَمائةِ جملتانِ عُطِف إحداهما على الأخرى، والعطفُ يُقرِّرُ الأوَّلَ، ونظيرُهُ الطَّلقةُ والطَّلقةُ والنِّصف، والمائةُ والمائةُ والخمسون، بخلافِ العشَرَةِ والخَمسةَ عشَرَ؛ لأنَّه ليس بينهما حرفُ العطفِ، فهو نظيرُ الألف والألفين.

(وإنْ قال المُدَّعِي: «لم يكنْ لي عليهِ إلَّا الألفُ» فشهادَةُ الذي شَهِدَ بالألفِ وخَمسِمائةٍ باطِلَةٌ)؛ لأنَّه كذَّبه المُدَّعي في المشهود به، وكذا إذا سكَتَ إلَّا عن دعوى الألفِ[1]؛ لأنَّ التَّكذيبَ ظاهرٌ فلا بدَّ من التَّوفيق[2]. ولو قال: «كان أصلُ حقِّي ألفاً وخمسمائة، ولكنِّي استوفيتُ خَمسَمائةٍ، أو أبرأتُهُ عنها» قُبِلَت لِتَوفيقه.

قال: (وإذا شَهِدا بألفٍ وقال أحَدُهُما: «قَضاهُ منها خَمسَمائةٍ» قُبِلَت شهادَتُهُما بالألفِ)؛ لاتِّفاقهما[3] عليه (ولم يَسْمَعْ قَولَهُ: «إنَّهُ قَضاهُ»)؛ لأنَّه شهادةُ فَردٍ، (إلَّا أنْ يَشهَدَ مَعَهُ آخَرُ).

---

(١) يعني: ادَّعى الألف، ولم يتعرَّض للخمسمائة لا بالنَّفي ولا بالإثبات.

(٢) أي: ولم يوفِّق، حتى لو وفَّق بين الشهادتين قبلت، وأشار إلى التَّوفيق مباشرة بقوله: «ولو قال: كان أصل ... ».

(٣) أي: الشَّاهدين.

وينبَغِي لِلشَّاهِدِ أنْ لا يَشْهَدَ بألفٍ حتَّى يُقِرَّ المُدَّعي أنَّهُ قَبَضَ خمسَمائةٍ. وفي الجامع الصَّغير: رجلانِ شَهِدا على رَجلٍ بِقَرضِ ألفِ دِرهَمٍ، فَشَهِدَ أحَدُهما أنَّه قد قَضَاها، فالشَّهادةُ جائزةٌ على القَرضِ. وإذا شَهِدَ شاهِدانِ «أنَّه قتلَ زيداً يومَ النَّحرِ بِمَكَّةَ»، وشَهِدَ آخَرانِ «أنَّهُ قَتَلَهُ يومَ النَّحرِ بِالكُوفةِ»، واجتَمَعُوا عندَ الحاكِمِ، لم يَقبَلِ الشَّهادَتَينِ،

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يقضي بخمسمائة؛ لأنَّ شاهدَ القَضاءِ مَضمونُ شهادتِهِ «أنْ لا دَيْنَ إلَّا خمسمائة»[1]. وجوابُهُ ما قلنا.

قال: (وينبَغِي لِلشَّاهِدِ) إذا عَلِم بذلك[2] (أنْ لا يَشْهَدَ بألفٍ حتَّى يُقِرَّ المُدَّعي أنَّهُ قَبَضَ خمسَمائةٍ)، كي لا يصيرَ مُعِيناً على الظُّلم[3].

(وفي الجامع الصَّغير: رجلانِ شَهِدا على رَجلٍ بِقَرضِ ألفِ دِرهَمٍ، فَشَهِدَ أحَدُهما أنَّه قد قَضَاها، فالشَّهادةُ جائزةٌ على القَرضِ)؛ لاتِّفاقِهما عليه، وتَفرُّدُ أحَدِهما بالقَضاءِ على ما بيَّنَّا[4].

وذكر الطَّحاويُّ عن أصحابنا أنَّه لا تُقبَلُ، وهو قولُ زفر رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ المُدَّعي أكذَبَ شاهِدَ القضاء.

قلنا: هذا إكذابٌ في غيرِ المَشهودِ بهِ الأوَّل، وهو القَرضُ، ومِثلُهُ لا يَمنَعُ القَبولَ.

قال: (وإذا شَهِدَ شاهِدانِ «أنَّه قتلَ زيداً يومَ النَّحرِ بِمَكَّةَ»، وشَهِدَ آخَرانِ «أنَّهُ قَتَلَهُ يومَ النَّحرِ بِالكُوفةِ»، واجتَمَعُوا عندَ الحاكِمِ، لم يَقبَلِ الشَّهادَتَينِ)؛ لأنَّ إحداهما كاذبةٌ بِيَقينٍ، وليست إحداهما بأولى من الأُخرى.

---

(١) فلا يجوز أن يَثبُت أكثرُ من ذلك.

(٢) أي: بقضاء الخمسمائة.

(٣) لأنَّه لو شَهِد: إمَّا أن يشهد بالألف ثمَّ يقول: «قضاه منها خمسمائة» وعلمتَ أنَّه يُقضَى فيه بألفٍ، فيضيع حقُّ المدَّعى عليه. وإمَّا أن يشهد بخمسمائة فيثبتُ اختلافُهُما إذا شَهِد أحدُهُما بألف والآخر بخمسمائة، وفيه لا تُقبلُ الشَّهادةُ أصلاً على قول أبي حنيفة، فيضيعُ حقُّ المدَّعي. فتح.

(٤) من أنَّ القضاء لا يثبتُ بتفرُّد أحد الشَّاهدين.

فإنْ سَبقَتْ إحداهما وقَضى بها، ثُمَّ حضَرَتِ الأُخرى لَمْ تُقبَلْ. وإذا شَهِدا على رَجلٍ أنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً، واختَلَفا في لَونِها، قُطِعَ، وإنْ قالَ أحَدُهما: «بَقَرَةً» وقال الآخَرُ: «ثَوراً» لم يُقطَعْ، وقالا: لا يُقطَعُ في الوَجْهَينِ. ....

(فإنْ سَبقَتْ إحداهما وقَضى بها، ثُمَّ حضَرَتِ الأُخرى لَمْ تُقبَلْ)؛ لأنَّ الأولى ترجَّحتْ باتِّصالِ القضاءِ بها، فلا تَنتَقِضُ بالثَّانية.

قال: (وإذا شَهِدا على رَجلٍ أنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً، واختَلَفا في لَونِها، قُطِعَ. وإنْ قالَ أحَدُهما: «بَقَرَةً» وقال الآخَرُ: «ثَوراً» لم يُقطَعْ)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ الله. (وقالا: لا يُقطَعُ في الوَجْهَينِ) جميعاً.

وقيل: الاختلافُ في لَوْنَينِ يَتَشابهانِ كالسَّوادِ والحُمرةِ، لا في السَّوادِ والبياض، وقيل: هو في جميع الألوان.

لهما: أنَّ السَّرقةَ في السَّوداءِ غيرُها في البيضاء، فلم يَتِمَّ على كلِّ فِعْلٍ نِصابُ الشَّهادةِ، وصارَ كالغَصْبِ[1]، بل أولى؛ لأنَّ أمرَ الحَدِّ أهمُّ، وصار كالذُّكورةِ والأنوثة[2].

وله: أنَّ التَّوفيقَ مُمكِنٌ لأنَّ التَّحمُّلَ في اللَّيالي من بَعيدٍ واللَّونانِ يَتَشابهان، أو يَجتَمِعانِ في واحدٍ، فيكون السَّوادُ من جانبٍ وهذا يُبصِرُهُ، والبياضُ من جانبٍ آخَرَ وهذا الآخَرُ يُشاهِدُهُ، بخلاف الغَصبِ؛ لأنَّ التَّحمُّلَ فيه بالنَّهار على قُربٍ منه، والذُّكورةُ والأنوثةُ لا يَجتَمِعان في واحدةٍ، وكذا الوقوفُ على ذلك بالقُربِ منه، فلا يَشتَبِه.

---

(١) فإنَّهما لو شَهِدا على غَصْبِ بَقَرةٍ فقال أحدهما: سوداءُ أو حمراءُ، والآخَرُ: بيضاء، لم تُقبلْ مع أنَّه لا يَتضَمَّنُ قَبولُها إثباتُ حَدٍّ، فلأنْ لا تَقبَلُ فيما يُوجِبُ حدّاً أولى.

(٢) أي: فصار كما لو اختلفا في ذُكورَتِها وأنوثَتِها، لا تُقبلُ كذا هذا.

وَمَنْ شَهِدَ لِرَجلٍ أَنَّهُ اشتَرَى عبداً مِنْ فُلانٍ بألفٍ، وشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشتراهُ بألفٍ وخَمسمائةٍ، فالشَّهادةُ باطِلَةٌ وكذلكَ الكتابةُ، وكذا الخُلْعُ والإعتاقُ على مالٍ والصُّلحُ عن دَمِ العَمدِ إذا كان المُدَّعِي هو المرأةَ أو العبدَ أو القاتلَ، ....

قال: (وَمَنْ شَهِدَ لِرَجلٍ أَنَّهُ اشتَرَى عبداً مِنْ فُلانٍ بألفٍ، وشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشتراهُ بألفٍ وخَمسمائةٍ، فالشَّهادةُ باطِلَةٌ)؛ لأنَّ المقصودَ إثباتُ السَّببِ، وهو العقدُ، ويَختلِفُ باختلافِ الثَّمنِ، فاختَلَفَ المشهودُ بهِ، ولم يَتِمَّ العددُ على كلٍّ واحد، ولأنَّ المُدَّعي يُكذِّب أحَدَ شاهِدَيهِ.

وكذلك[١] إذا كان المُدَّعِي هو البائع. ولا فرقَ بين أنَّ يدَّعيَ المُدَّعي أقلَّ المالَينِ، أو أكثرَهُما لِما بيَّنّا[٢].

(وكذلكَ الكتابةُ[٣])؛ لأنَّ المقصودَ هو العقدُ. إن كان المُدَّعي هو العبد فظاهرٌ[٤]، وكذا إذا كان هو المولى؛ لأنَّ العِتقَ لا يَثبُتُ قبلَ الأداءِ، فكانَ المقصودُ إثباتَ السَّببِ[٥].

(وكذا الخُلْعُ والإعتاقُ على مالٍ والصُّلحُ عن دَمِ العَمدِ، إذا كان المُدَّعِي هو المرأةَ أو العبدَ أو القاتلَ)؛ لأنَّ المقصودَ إثباتُ العقدِ، والحاجةُ ماسَّةٌ إليه.

---

(١) أي: الشَّهادة باطلة. بناية.

(٢) من أنَّ المقصودَ إثبات السبب. بناية.

(٣) أي: وكذلك الكتابةُ مثلُ البيع. فلا تُقبل الشَّهادةُ إذا اختلف الشَّاهدانِ في بدل الكتابة، كما هو الحال في البيع والشِّراء.

(٤) لأنَّ مقصودَ العبد إثباتُ العقد.

(٥) معناه: أنَّ دعوى السَّيِّد المال على عبده لا تصحُّ؛ لأنَّه لا دينَ للسيِّد على عبده إلَّا بواسطةِ دعوى الكتابةِ، فينصرف إنكارُ العبدِ إليه؛ للعلم بأنَّه لا يتصوَّر له عليه دينٌ إلَّا به، فالشهادةُ ليست إلا لإثبات الكتابة. فتح بتصرف.

وإنْ كانتِ الدَّعوى من جانبٍ آخر[١]، فهو بمنزلةِ دعوى الدَّينِ فيما ذكرنا من الوجوه[٢]؛ لأنَّه ثَبَتَ العَفْوُ والعِتقُ والطَّلاقُ باعترافِ صاحِبِ الحَقِّ، فبقي الدَّعوى في الدَّين.

وفي الرَّهن[٣]: إنْ كان المُدَّعي هو الرَّاهنَ لا يُقبَلُ[٤]؛ لأنَّه لا حظَّ له في الرَّهنِ[٥]، فَعَرِيتِ الشَّهادةُ عن الدَّعوى. وإنْ كان المُرتَهِنُ، فهو بمنزلةِ دَعوى الدَّين[٦].

وفي الإجارة: إنْ كان ذلك في أوَّلِ المُدَّةِ فهو نظيرُ البيعِ[٧]، وإنْ كان بعد مُضِيِّ المُدَّة - والمُدَّعي هو الآجِرُ - فهو دعوى الدَّين[٨].

---

(١) وهو الزَّوجُ في الخُلْع فيقعُ الطَّلاقُ بإقراره، والوليُّ في الإعتاق على مالٍ فيقع العِتقُ بإقراره، ووليُّ القَتيلِ في الصُّلح عن دم العمدِ فيقع العفو عن القاتلِ بإقرارِهِ، فتكونُ دعوى كلِّ واحدٍ منهم دعوى دينٍ لا غير.

(٢) وهو أنَّه إذا ادَّعى أكثَرَ المالَينِ، فشَهِدَ به شاهدٌ والآخَرُ شهِدَ بالأقَلِّ، فإن كان الأكثَرُ بعطفِ مِثْلُ «ألف وخمسمائة» قَضَى بالأقلِّ اتِّفاقاً، وإنْ كان بدونه كألف وألفين، فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة لا يقضي بشيء. فتح.

(٣) أي: إذا شهد أحدُ الشَّاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة.

(٤) أي: لا تُقبل الشَّهادةُ بشيءٍ أصلاً؛ لأنَّ قَبولها بناءٌ على صحَّة الدَّعوى، ولم تصحَّ؛ لأنَّه لا حظَّ للرَّاهن في رهنه.

(٥) أي: لا يَقدِرُ على استردادِهِ ما دام الدَّينُ قائماً، فلا فائدةَ لهذه الدَّعوى، فلم تصحَّ.

(٦) لأنَّ الرَّهنَ لا يكونُ إلا بعد تقدُّمِ الدَّينِ، فتقبل البيِّنةُ في حقِّ ثبوتِ الدَّين كما في سائر الدُّيون، ويثبتُ الرَّهنُ بالألف ضمناً وتبعاً للدَّين. لكنوي.

(٧) وذلك بأن يدَّعي المستأجِرُ أو الآجِرُ أنَّه أجَّره هذه الدَّارَ سنةً بألف وخمسمائة، فشهد واحدٌ كذلك وآخَرُ بألف، لا تثبتُ الإجارةُ كالبيع؛ إذ قبلَ استيفاءِ المَنفعةِ لا يُستحَقُّ البدلُ، فكان المقصودُ إثباتَ العقدِ، وهو يَختلِفُ باختلاف البدلِ، فلا تثبتُ الإجارةُ. فتح.

(٨) إذ ليس المقصودُ بعد مُضيِّ المُدَّةِ إلَّا الأجرة.

فأمَّا النِّكاحُ فإنَّه يَجوزُ بألفٍ استحساناً، وقالا: هذا باطلٌ في النِّكاحِ أيضاً.

قال: (فأمَّا النِّكاحُ[1] فإنَّه يَجوزُ بألفٍ استحساناً، وقالا: هذا باطلٌ في النِّكاحِ أيضاً[2])، وذكَرَ في الأمالي قولَ أبي يوسف مع قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

لهما: أنَّ هذا اختلافٌ في العقد[3]؛ لأنَّ المقصودَ من الجانبين السَّببُ، فأشبَهَ البيعَ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: أنَّ المال في النِّكاح تابعٌ[4]، والأصلُ فيه[5] الحِلُّ والازدواجُ والمِلكُ، ولا اختلاف[6] في ما هو الأصل فيثبتُ، ثمَّ إذا وقع الاختلافُ في التَّبعِ يُقضَى بالأقلِّ؛ لاتِّفاقِهما عليه، ويستوي دعوى أقلِّ المالَينِ أو أكثرهما في الصَّحيح.

ثمَّ قيل: الاختلافُ فيما إذا كانتِ المرأةُ هي المُدَّعية. وفيما إذا كان المُدَّعي هو الزَّوجَ إجماعٌ على أنَّه لا تُقبلُ؛ لأنَّ مَقصودَها قد يكونُ المالَ، ومقصودَهُ ليس إلَّا العقد.

وقيل: الاختلافُ في الفَصلَين، وهذا أصحُّ، والوجهُ ما ذكرنا[7]، والله أعلم.

---

(١) يعني: إذا اختلف الشُّهودُ فيه، فقال: أحدهما بألف، والآخر: بألف وخمسمائة.

(٢) يعني: كما هو باطل في البيع، يعني: فلا تُقبل الشَّهادةُ ولا يُقضى بالنِّكاح.

(٣) لأنَّ النِّكاح بألفٍ غيرُ النِّكاح بألفٍ وخمسمائة. بناية.

(٤) ولهذا يصحُّ بلا تسمية مهرٍ، ويَملِكُ التَّصرُّفَ في النِّكاح مَن لا يَملِكُ التَّصرُّفَ في المال كالعمِّ والأخ. عناية.

(٥) أي: الأصلُ في النِّكاح الحلُّ؛ لأنَّ مشروعيَّته لذلك.

(٦) بين الشَّاهدين.

(٧) أي: من الدَّليلين، دليل الإمامِ ودليل الصَّاحبين.

فصل في الشهادة على الإرث

ومَنْ أقامَ بَيِّنَةً على دارٍ أنَّها كانتْ لأبيه أعارَها أو أودَعَها الذي هي في يَدِهِ، فإنَّهُ يَأخُذُها، ولا يُكَلَّفُ البَيِّنَةَ أنَّهُ ماتَ وتَرَكَها مِيراثاً لَهُ. ....

(فصل في الشهادة على الإرث)

(ومَنْ أقامَ بَيِّنَةً على دارٍ أنَّها كانتْ لأبيه أعارَها أو أودَعَها الذي هي في يَدِهِ، فإنَّهُ يَأخُذُها ولا يُكَلَّفُ البَيِّنَةَ أنَّهُ ماتَ وتَرَكَها مِيراثاً لَهُ).

وأصله[1]: أنَّه متى ثبَتَ مِلكُ المُورِّثِ لا يُقضَى به لِلوارثِ حتَّى يَشهَدَ الشُّهودُ أنَّه ماتَ وتَرَكَها مِيراثاً له عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، خلافاً لأبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ، هو يقول: إنَّ مِلكَ الوارثِ مِلكُ المُورِّث، فصارت الشَّهادةُ بالمِلْك لِلمُورِّث شهادةً به للوارث.

وهما يقولان: إنَّ مِلكَ الوارثِ مُتجدِّدٌ في حقِّ العين، حتَّى يَجِبُ عليه الاستبراءُ في الجارية المَورُوثةِ، ويَحِلُّ لِلوارِثِ الغَنيِّ ما كان صدَقَةً على المُورِّثِ الفقيرِ[2]، فلا بُدَّ من النَّقلِ[3]، إلَّا أنَّه يُكتَفَى بالشَّهادة على قيامِ مِلْكِ المُورِّثِ وقتَ الموتِ لِثُبوتِ الانتقالِ ضرورةً.

وكذا[4] على قيامِ يدِهِ على ما نذكُرُهُ، وقد وُجِدَت الشَّهادةُ على اليد في مسألة الكتاب؛ لأنَّ يدَ المُستعيرِ والمُودَعِ والمُستأجِرِ قائمةٌ مَقامَ يدِهِ[5]، فأغنى ذلك عن

---

(١) أي: حكم الشَّهادة على الإرث.

(٢) فلولا تجدُّدُ الملك لَما حلَّ له ذلك.

(٣) أي: لا بدَّ من ذكرِ الشَّاهدينِ انتقالَ المِلكِ إلى الوارث، وذلك بأن يقولا: ماتَ وترك هذا الشَّيءَ ميراثاً لهذا؛ لئلا يكون استصحابُ الحال مثبتاً.

(٤) أي: وكذا يكتفى بالشَّهادة على قيام يد المورِّث عند الموت.

(٥) أي: مقام يدِ أبِ المدَّعي الذي يدَّعي أنَّها كانت لأبيه. بناية.

وإنْ شَهِدُوا أنَّها كانت في يَدِ فُلانٍ ماتَ وهي في يَدِهِ، جازتِ الشَّهادةُ. وإنْ قالوا لِرَجلٍ حَيٍّ: «نَشهَدُ أنَّها كانت في يدِ المُدَّعِي مُنذُ أشهرٍ» لم تُقبَلْ، ....

الجَرِّ[1] والنَّقل.

(وإنْ شَهِدُوا أنَّها كانت في يَدِ فُلانٍ ماتَ وهي في يَدِهِ، جازتِ الشَّهادةُ)؛ لأنَّ الأيدي عند الموتِ تَنقلِبُ يدَ مِلكٍ بواسطةِ الضَّمانِ[2]، والأمانةُ تصيرُ مضمونةً بالتَّجهيل، فصار[3] بمنزلةِ الشَّهادةِ على قيام مِلكِهِ وقتَ الموت[4].

(وإنْ قالوا لِرَجلٍ حَيٍّ[5]: «نَشهَدُ أنَّها كانت في يدِ المُدَّعِي مُنذُ أشَهرٍ» لم تُقبَلْ)، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّها تُقبل لأنَّ اليدَ مقصودَةٌ كالمِلْك، ولو شَهِدوا أنَّها كانت مِلكَه تُقبل، فكذا هذا، فصار كما إذا شَهِدوا بالأخذِ من المُدَّعي.

وجه الظَّاهر - وهو قولهما -: أنَّ الشَّهادة قامت بِمَجهولٍ[6]؛ لأنَّ اليد مُنقضيةٌ[7]، وهي متنوِّعةٌ إلى مِلْكٍ وأمانةٍ وضمانٍ، فتَعذَّرَ القضاءُ بإعادةِ المَجهولِ، بخلافِ المِلْك لأنَّه معلومٌ غيرُ مُختلِفٍ، وبخلاف الأخذِ لأنَّه معلومٌ، وحكمُهُ معلومٌ وهو وُجوبُ الرَّدِّ، ولأنَّ يد ذي اليد مُعايِنٌ، ويدَ المُدَّعي مَشهودٌ

---

(١) «الجَرُّ والنَّقل» أن يقول الشَّاهد عند الشَّهادة: هذا المدَّعي وارثٌ، والمورِّثُ ماتَ وتَرَكَ هذه العينَ ميراثاً له.

(٢) لمَّا شهدوا له باليد وقتَ الموتِ فلا يخلو: إمَّا ان يكون يدَ ملكٍ، أو يدَ أمانةٍ، فإن كانت يدَ ملكٍ فلا شكَّ، وإن كانت يدَ غصبٍ تصيرُ يدَ ملكٍ بالضَّمان، وإن كانت يدَ أمانةٍ تصير يدَ غصبٍ بالتَّجهيل.

(٣) قولُ الشَّاهدِ بأنَّها كانت في يده وقتَ الموتِ.

(٤) فيثبتُ النَّقلُ إلى الورثة.

(٥) يعني: إذا كانت الدار في يد رجل حيٍّ، فادَّعاها رجلٌ آخر وليست الدَّارُ في يده. وقيَّد بقوله: «حي» لأنَّهم لو شهدوا للميت بأنَّها كانت في يده وقتَ الموت، تُقبل بالإجماع.

(٦) وذلك لأنَّهم شهدوا أنَّها كانت في يده، وأسباب اليد متنوعة إلى ملكٍ وضمانٍ وأمانة.

(٧) أي: تزولُ بأسبابِ الزَّوال، فربَّما زالت بعدما كانت، وكلُّ ما كان كذلك فهو مجهولٌ، والقضاءُ بالمجهول متعذِّر.

وإنْ أقرَّ بِذلكَ المُدَّعَى عليه دُفِعَتْ إلى المُدَّعِي، وإنْ شَهِدَ شاهدانِ أنَّهُ أقرَّ أنَّها كانت في يَدِ المُدَّعِي دُفِعَتْ إليه.

به، وليس الخبرُ كالمُعاينةِ.

(وإنْ أقرَّ بِذلكَ المُدَّعَى عليه دُفِعَتْ إلى المُدَّعِي)؛ **لأنَّ الجهالةَ في المُقَرِّ به لا تمنعُ صحَّةَ الإقرار.**

(وإنْ شَهِدَ شاهدانِ أنَّهُ[1] أقَرَّ أنَّها كانت في يَدِ المُدَّعِي دُفِعَتْ إليه)؛ **لأنَّ** المشهودَ به هاهنا الإقرارُ، وهو معلومٌ.

---

(١) أي: المدَّعى عليه.

باب الشهادة على الشهادة

الشَّهادةُ على الشَّهادةِ جائزةٌ في كُلِّ حقٍّ لا يَسقُطُ بِالشُّبهةِ، وتَجوزُ شَهادَةُ شاهِدَينِ على شهادةِ شاهِدَينِ، ....

(باب) (الشهادة على الشهادة)

قال: (الشَّهادةُ على الشَّهادةِ جائزةٌ في كُلِّ حقٍّ لا يَسقُطُ بِالشُّبهةِ)، وهذا استحسانٌ لِشدَّةِ الحاجةِ إليها، إذ شاهدُ الأصلِ قد يَعجَزُ عن أداءِ الشَّهادةِ لبعض العوارضِ، فلو لم تَجُزِ الشَّهادةُ على الشَّهادةِ أدَّى إلى إتواءِ الحُقوقِ، ولهذا جوَّزنا الشَّهادةَ على الشَّهادةِ وإن كَثُرت، إلَّا أنَّ فيها شبهةً من حيث البَدَليَّةُ، أو من حيثُ إنَّ فيها زيادةَ احتمالٍ، وقد أمكن الاحترازُ عنه بجنسِ الشُّهودِ، فلا تُقبلُ فيما تَندرِئُ بالشُّبهات كالحدود والقِصاص.

(وتَجوزُ شَهادَةُ شاهِدَينِ على شهادةِ شاهِدَينِ[1])، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]:

(١) صورته: شَهِد زيدٌ وعمروٌ على حادثةٍ ما، فيجوزُ أن يشهَدَ محمدٌ وأحمدُ على شهادةِ زيدٍ، وكذا يجوزُ أن يشهدا على شهادةِ عَمروٍ، ويُكتفى بذلك.
وعند الشَّافعيِّ: لا يجوزُ، فهو يقول: مَنْ شَهِد على شهادةِ زيدٍ يجب أن يكون غيرَ مَنْ شَهِد على شهادةِ عَمروٍ.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٧/ ٢٣١) الكتب العلمية: العددُ مُعتَبَرٌ في شهودِ الفرع؛ لاعتباره في شهودِ الأصل؛ لأنَّ الشَّهادة لا تخلو من اعتبارِ العدد فيها، أصلاً كانت أو فرعاً، فإذا كانت شهادةُ الأصلِ معتبرةً بشاهدين، فلشهادة الفرع ثلاثةُ أحوال:
أحدها: أن يشهدَ في الفرع شاهدان على شهادةِ أحدِ شاهدي الأصل، ويشهدَ آخران على الشَّاهدِ الآخر، فيصير شهودُ الفرعِ أربعةً، يتحمَّل عن كلِّ واحد من الاثنين اثنان، فهذا متَّفق على جوازه، وهو أولى ما استعمل فيه.
والحال الثانية: أن يشهد في الفرع واحدٌ على شهادة أحدهما، أو يشهَدَ آخرُ على شهادة الآخر، فهذا غير مجزي، لا يُختَلَف فيه مذهبنا.
والحال الثالثة: أن يشهد في الفرع شاهدان على أحد شاهدي الأصل، ثمَّ يشهدان معاً على الشَّاهد =

ولا تُقبَلُ شَهادَةُ واحدٍ على شَهادةِ واحدٍ. وصِفَةُ الإشهادِ أنْ يَقولَ شاهِدُ الأصلِ لِشاهِدِ الفَرْعِ: «اِشهَدْ على شَهادَتِي أنِّي أشهَدُ أنَّ فلانَ بنَ فلانٍ أقَرَّ عندي بكذا، وأشْهَدَنِي على نَفسِهِ»، ....

لا يجوزُ إلَّا الأربعُ على كلِّ أصلٍ اثنان؛ لأنَّ كلَّ شاهِدَين قائمانِ مَقامَ شاهدٍ واحدٍ، فصارا كالمرأتين.

ولنا: قولُ عليٍّ رضي الله عنه: «لا يجوزُ على شهادةِ رجلٍ إلَّا شهادةُ رجلين»[١]، ولأنَّ نَقْلَ شهادةِ الأصلِ من الحقوق، فهما شَهِدا بحقٍّ ثمَّ شَهِدا بحقٍّ آخَرَ فتُقبل.

(ولا تُقبَلُ شَهادَةُ واحدٍ على شَهادةِ واحدٍ)؛ لما روينا[٢]، وهو حجَّةٌ على مالك رحمه الله[٣]، ولأنَّه[٤] حقٌّ من الحقوقِ، فلا بدَّ من نصابِ الشَّهادة.

قال: (وصِفَةُ الإشهادِ أنْ يَقولَ شاهِدُ الأصلِ لِشاهِدِ الفَرْعِ: «اِشهَدْ على شَهادَتِي أنِّي أشهَدُ أنَّ فلانَ بنَ فلانٍ أقَرَّ عندي بكذا، وأشْهَدَنِي على نَفسِهِ»)؛ لأنَّ الفرعَ

= الآخر، فيتحمَّلُ شاهدُ الفرع عن كلِّ واحد من شاهدي الأصل، ففيه قولان: أحدهما: يجوز، وهو قول مالك وأبي حنيفة، وأكثر فقهاء الحجاز والعراق. والقول الثاني: لا يجوز، وهذا اختيار المزني.

(١) قال الزيلعي (٤/ ٨٧): غريب، وأخرج عبد الرزاق في مصنَّفه، باب: شهادة الرجل على الرجل (١٥٤٥٠) عن عليٍّ قال: «لا تجوزُ على شهادةِ الميت إلَّا رجلان».
وأخرج ابن أبي شيبة في مصنَّفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: في شهادة الشاهد على الشاهد (٢٣٠٨٠) عن الشَّعبي قال: «لا تَجوزُ شهادةُ الشَّاهدِ على الشَّاهدِ حتَّى يكونا اثنين».

(٢) أي: من قول عليٍّ.

(٣) مذهب المالكيَّة: أنَّ الشَّهادةَ على الشَّهادةِ جائزةٌ في سائرِ الأمورِ، مالاً أو عقوبةً، بشرطِ أن يشهدَ عن كلِّ واحدٍ من شهودِ الأصلِ اثنانِ، ليس أحدهما من شهودِ الأصلِ، لأنَّه إذا كان أحدُهما من شهودِ الأصلِ، صار الحقُّ كأنَّه يثبتُ بشاهدٍ واحدٍ، وهو لا يجوز. انظر تفصيل المسألة المدونة الكبرى (٥/ ١٥٩) ط السَّعادة تصوير دار صادر، الشرح الكبير المطبوع بهامش حا الدسوقي (٤/ ٢٠٥)، الخرشي على مختصر خليل (٧/ ٢١٩).

(٤) أي: نقلُ الشَّهادة.

وإنْ لم يَقُلْ: «أشهَدَنِي على نَفسِهِ» جازَ. ويَقولُ شاهِدُ الفَرعِ عندَ الأداءِ: «أشهَدُ أنَّ فلاناً أشهَدَنِي على شَهادَتِهِ، أنَّ فلاناً أقَرَّ عِندَهُ بكذا، وقال لي: اِشْهَدْ على شَهادَتِي بذلك». ومَنْ قال: «أشهَدَني فُلانٌ على نَفسِهِ» لَمْ يَشْهَدِ السَّامعُ على شَهادَتِهِ حتَّى يَقولَ لَهُ: «اِشهَدْ على شَهادَتِي». ....

كالنَّائبِ عنه[(١)]، فلا بدَّ من التَّحميلِ والتَّوكيلِ على ما مَرَّ[(٢)]، ولا بدَّ أن يَشهَدَ[(٣)] كما يَشهدُ عند القاضي لِيَنقُلَه[(٤)] إلى مجلس القضاء.

(وإنْ لم يَقُلْ: «أشهَدَنِي على نَفسِهِ» جازَ)؛ لأنَّ مَن سمع إقرارَ غيرِهِ حلَّ له الشَّهادةُ وإنْ لم يَقُلْ له: «اشهد».

(ويَقولُ شاهِدُ الفَرعِ عندَ الأداءِ: «أشهَدُ أنَّ فلاناً أشهَدَنِي على شَهادَتِهِ، أنَّ فلاناً أقَرَّ عِندَهُ بكذا، وقال لي: اِشْهَدْ على شَهادَتِي بذلك»)؛ لأنَّه لا بدَّ من شهادته[(٥)]، وذكرِ شهادةِ الأصلِ وذكرِ التَّحميلِ.

ولها[(٦)] لفظٌ أطوَلُ من هذا[(٧)]، وأقصَرُ منه[(٨)]، وخيرُ الأمورِ أوسَطُها.

(ومَنْ قال: «أشهَدَني فُلانٌ على نَفسِهِ» لَمْ يَشْهَدِ السَّامعُ على شَهادَتِهِ حتَّى يَقولَ لَهُ: «اِشهَدْ على شَهادَتِي»)؛ لأنَّه لا بدَّ من التَّحميل، وهذا ظاهرٌ عند

---

(١) أي: كالنَّائب عن الأصل.

(٢) يعني: في فصل ما يتحمَّلُه الشَّاهد، انظر ص (٣٠٤).

(٣) أي: شاهدُ الأصل عند الفرع.

(٤) أي: الفرع.

(٥) أي: شهادة الفرع.

(٦) أي: لشهادة الفَرعِ عندَ الأداء.

(٧) وهو أن يقول:
أشهَدُ أنَّ فلاناً شَهِد عندي أنَّ لِفُلانٍ على فُلانٍ كذا، وأشهَدَني على شهادتِهِ وأمَرَني أنْ أشهَدَ على شهادَتِهِ، وأنا الآنَ أشهَدُ على شهادتِهِ بذلك، فيلزَمُ ثمانِ شِينات. فتح.

(٨) وهو أن يقول الفَرعُ: أشهَدُ على شهادةِ فُلانٍ بأنَّ فُلاناً أقَرَّ عنده بكذا، ففيه شِينان. فتح.

ولا تُقبَلُ شَهادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ إِلَّا أنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأصلِ، أو يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثلاثَةِ أيَّامٍ فَصاعداً، أو يَمْرَضُوا مَرَضاً لا يَستَطيعونَ معَهُ حُضورَ مَجلِسِ الحاكِمِ، فإنْ عَدَّلَ شُهودَ الأصلِ شُهودُ الفرعِ جازَ، ....

محمد رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ القضاءَ عنده بشهادةِ الفُروعِ والأصولِ جميعاً، حتَّى اشتَرَكُوا في الضَّمان عند الرُّجوع.

وكذا عندهما[1] لأنَّه لا بدَّ من نَقلِ شهادةِ الأصولِ[2] لِيَصيرَ حُجَّةً، فيظهرُ تحميلُ ما هو حجَّة.

قال: (ولا تُقبَلُ شَهادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ إِلَّا أنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأصلِ، أو يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثلاثَةِ أيَّامٍ فَصاعداً، أو يَمْرَضُوا مَرَضاً لا يَستَطيعونَ معَهُ حُضورَ مَجلِسِ الحاكِمِ)؛ لأنَّ جوازَها للحاجة، وإنَّما تمَسُّ عندَ عَجزِ الأصلِ، وبهذه الأشياءِ يتحقَّقُ العجزُ.

وإنَّما اعتبرنا السَّفرَ لأنَّ المُعجزَ بُعْدُ المسافةِ، ومدَّةُ السَّفرِ بعيدةٌ حُكماً، حتَّى أديرَ عليها عِدَّةٌ من الأحكام، فكذا سبيلُ هذا الحكم.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه إن كان في مكانٍ لو غَدَا لأداءِ الشَّهادةِ لا يستطيعُ أن يَبيتَ في أهلِهِ، صحَّ الإشهادُ إحياءً لِحُقوق النَّاس.

قالوا: الأوَّلُ أحسَنُ، والثَّاني أرفَقُ، وبه أخذ الفقيهُ أبو اللَّيث.

قال: (فإنْ عَدَّلَ شُهودَ الأصلِ شُهودُ الفَرعِ جازَ[3])؛ لأنَّهم من أهل التَّزكيةِ.

---

(1) أي: وكذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا بدَّ من التَّحميل.

(2) أي: لا بدَّ من نَقلِها إلى مَجلسِ القضاء.

(3) «شهودَ الأصل» منصوبٌ مفعولاً، و«شهودُ الفرع» فاعلٌ.
والحاصلُ: أنَّه إذا شَهِد الفرعانِ، فإنْ عَلِم القاضي عدالةَ كلٍّ من الفروع والأصول قضى بموجب الشَّهادة، وإنْ لم يَعلَمْ عدالةَ الأصولِ وعَلِمَ عدالةَ الفروعِ، سألَ الفروعَ عن عدالةِ الأصول، فإنْ عدَّلُوهم جازَ، لأنَّهم من أهل التَّزكية فتُقبل. فتح.

وكذا إذا شَهِدَ شاهدانِ، فَعَدَّلَ أَحَدُهُما الآخَرَ صَحَّ، وإنْ سَكَتُوا عَنْ تَعدِيلِهِم جازَ ونَظَرَ القاضي في حالِهِم، وإنْ أنكَرَ شُهودُ الأصلِ الشَّهادةَ، لم تُقبَلْ شَهادةُ شُهودِ الفَرعِ.

(وكذا إذا شَهِدَ شاهدانِ، فَعَدَّلَ أَحَدُهُما الآخَرَ صَحَّ)؛ لِما قلنا، غايةُ الأمرِ[1] أنَّ فيه مَنفعةً من حيثُ القضاءُ بِشهادتِهِ، لكنِ العَدلُ لا يُتَّهَمُ بمثلِهِ، كما لا يُتَّهَم في شهادة نفسِهِ، كيف وأنَّ قولَه مَقبولٌ في حقِّ نفسِهِ، وإن رُدَّتْ شهادةُ صاحبِهِ فلا تُهمَةَ.

قال: (وإنْ سَكَتُوا[2] عَنْ تَعدِيلِهِم جازَ ونَظَرَ القاضي في حالِهِم[3])، وهذا عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ. وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ: لا تُقبَلُ؛ لأنَّه لا شهادةَ إلَّا بالعدالة، فإذا لم يَعرِفُوها[4] لم ينقلوا الشَّهادةَ، فلا تُقبل.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ المأخوذَ عليهم النَّقلُ دونَ التَّعديلِ، لأنَّه قد يَخفَى عليهم، وإذا نَقَلُوا يَتعَرَّف القاضي العدالةَ كما إذا حَضَروا بأنفسِهِم وشَهِدُوا.

قال: (وإنْ أنكرَ شُهودُ الأصلِ الشَّهادةَ، لم تُقبَلْ شَهادةُ شُهودِ الفَرعِ)؛ لأنَّ التَّحميلَ لم يَثبُتْ للتَّعارض بينَ الخَبَرينِ[5]، وهو شرطٌ[6].

(١) ردٌّ لقول مَن يقولُ من المشايخ: لا يصحُّ تَعديلُهُ؛ لأنَّه يريدُ تنفيذَ شهادةِ نفسِهِ بهذا التَّعديلِ فكان متَّهماً. عناية.

(٢) أي: سكت الفروعُ عن تَعديلِ الأصولِ حين سألَهُم القاضي. فتح.

(٣) أي: في حال الأصول، فإن عدَّلَهم غيرُهُم قضى، وإلَّا لا. فتح.

(٤) أي: لم يعرف الفروعُ عدالةَ الأصول.

(٥) أي: بينَ خَبرِ شهودِ الأصلِ المنكرين للتَّحميل، وخبرِ شُهودِ الفَرعِ المثبتين له.

(٦) أي: التَّحميلُ شرطٌ في القَبول.

وإذا شَهِدَ رجلانِ على شَهادةِ رَجلَينِ على فُلانةٍ بنتِ فُلانٍ الفُلانيَّةِ بألفِ درهَم، وقالا: «أخبرانا أنَّهما يَعرِفانِها» فجاءَ بامرأةٍ وقالا: «لا نَدرِي أهِيَ هذهِ أمْ لاً»، فإنَّه يُقالُ لِلمُدَّعي: «هاتِ شاهِدَينِ يَشْهدانِ أنَّها فُلانَةٌ»، وكذا كتابُ القاضي إلى القاضي. ....

قال: (وإذا شَهِدَ رجلانِ على شَهادةِ رَجلَينِ على فُلانةٍ بنتِ فُلانٍ الفُلانيَّةِ بألفِ درهَم، وقالا: «أخبرانا أنَّهما يَعرِفانِها» فجاءَ[1] بامرأةٍ وقالا: «لا نَدرِي أهِيَ هذهِ أمْ لاً» فإنَّه يُقالُ لِلمُدَّعي: «هاتِ شاهِدَينِ يَشْهدانِ أنَّها فُلانَةٌ»)؛ لأنَّ الشَّهادةَ على المعرفةِ بالنِّسبةِ قد تحقَّقت، والمُدَّعي يدَّعي الحقَّ على الحاضرةِ، ولعَلَّها غيرَها، فلا بدَّ من تعريفِها بتلك النِّسبة.

ونظيرُ هذا إذا تحمَّلوا الشَّهادةَ بِبَيعِ مَحدُودةٍ بِذكرِ حُدودِها، وشَهِدُوا على المُشتري، لا بدَّ من آخرَينِ يَشهدانِ على أنَّ المَحدودَ بها في يدِ المُدَّعى عليه[2]. وكذا إذا أنكرَ المُدَّعى عليه أنَّ الحدودَ المذكورةَ في الشَّهادةِ حدودُ ما في يده[3].

قال: (وكذا كتابُ القاضي إلى القاضي[4])؛ لأنَّه في معنى الشَّهادةِ على

---

(١) أي: المدَّعي. فتح.

(٢) أي: رجلان يَشهدانِ أنَّ فلاناً اشترى داراً في بلدِ كذا بحدودِ كذا، ولا يَعرِفانِ الدَّارَ بِعَينها، يقال للمُدَّعي: هاتِ شاهدَينِ يَشهدانِ أنَّ هذه الأرضَ المَحدودةَ بهذه الحدودِ في يد هذا المُدَّعى عليه؛ ليصحَّ القضاء. فتح.

(٣) توضيحه: ادَّعى رجلٌ على رجلٍ محدوداً في يده، وشهد الشُّهودُ أنَّ هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكُ هذا المدَّعي في يدِ المدَّعى عليه بغير حقٍّ، فقال المدَّعى عليه: الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشُّهودُ، فيقال للمدَّعي: هاتِ شاهدينِ على أنَّ الذي في يده محدود بهذه الحدود؛ ليصحَّ القضاء. لكنوي عن العتابي.

(٤) يعني: أنَّ القاضي إذا كتب في كتابه إلى القاضي الآخَر «أنَّ شاهدَيْن عَدلَين شهدا عندي أنَّ لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانيَّة مائةَ درهم، فاقضِ عليها بذلك» فأحضَرَ المدَّعي امرأةً =

ولو قالوا في هذين البابين: «التَّميميَّة» لم يَجُزْ حتَّى يَنسُبُوها إلى فَخِذِها.

الشَّهادةِ، إلَّا أنَّ القاضي لكمالِ دِيانتِهِ ووُفُورِ ولايتِهِ يَنفرِدُ بالنَّقلِ.

(ولو قالوا في هذين البابين[1]: «التَّميميَّة» لم يَجُزْ حتَّى يَنسُبُوها إلى فَخِذِها)، وهي القبيلةُ الخاصَّةُ[2]، وهذا لأنَّ التَّعريفَ لا بدَّ منه في هذا، ولا يحصُلُ بالنِّسبة إلى العامَّة، وهي عامَّةٌ بالنِّسبةِ إلى بني تميم، لأنَّهم قومٌ لا يُحصَون، ويَحصُلُ بالنِّسبة إلى الفَخِذِ لأنَّها خاصَّة.

وقيل: «الفَرغانيَّة» نسبةٌ عامَّةٌ، و«الأوزجندية» خاصَّةٌ، وقيل: «السَّمرقنديَّة والبخاريَّة» عامَّة، وقيل: إلى السُّكَّةِ الصَّغيرةِ خاصَّةٌ، وإلى المَحَلَّةِ الكبيرةِ والمِصرِ عامَّةٌ.

ثمَّ التَّعريفُ وإن كان يَتِمُّ بذكرِ الجَدِّ عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، خلافاً لأبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ على ظاهر الرِّوايات، فَذِكرُ الفَخِذِ يقومُ مقامَ الجَدِّ؛ لأنَّه اسمُ الجَدِّ الأعلى، فَنُزِّل منزلةَ الجدِّ الأدنى، والله أعلم.

= في مجلس القاضي المكتوب إليه وقال: «هي هذه» يقول له المكتوب إليه: «هاتِ شاهدين يشهدان أنَّ التي أحضرتَها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب» لتمكن الإشارةُ إليها في القضاء عليها. فتح.

(١) أي: باب الشَّهادةِ على الشُّهودِ، وباب كتاب القاضي إلى القاضي.

(٢) يعني: التي لا خاصَّة دونها. قال في الصَّحاح: الفَخْذُ آخِرُ القبائل السِّتِّ: أوَّلُها الشَّعبُ، ثمَّ القبيلةُ، ثمَّ الفَصيلة، ثمَّ العِمارةُ، ثمَّ البطنُ، ثمَّ الفَخذ. عناية.

فصل

قال أبو حنيفة: شاهدُ الزُّورِ أُشَهِّرُهُ في السُّوقِ ولا أُعَزِّرُهُ، وقالا: نُوجِعُهُ ضَرْباً ونَحبِسُهُ، ....

(فصل)

في بيان حكم شاهد الزور

(قال أبو حنيفة: شاهدُ الزُّورِ أُشَهِّرُهُ في السُّوقِ ولا أُعَزِّرُهُ. وقالا: نُوجِعُهُ ضَرْباً ونَحبِسُهُ)، وهو قول الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[(١)].

لهما: ما رُوي عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنَّه ضَرَب شاهدَ الزُّورِ أربعينَ سوطاً وسَخَّمَ[(٢)] وجهه[(٣)]، ولأنَّ هذه كبيرةٌ يتعدَّى ضَرَرُها إلى العباد، وليس فيها حدٌّ مقدَّرٌ فيعزَّر.

وله: أنَّ شُريحاً كان يُشهِّرُ ولا يَضرِب، ولأنَّ الانزجارَ يحصُلُ بالتَّشهير فَيُكتفى به، والضَّربُ وإن كان مبالغةً في الزَّجر، ولكنَّه يقعُ مانعاً عن الرُّجوع[(٤)]، فوجب التَّخفيفُ نظراً إلى هذا الوجه.

وحديثُ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ محمولٌ على السِّياسةِ، بدلالةِ التَّبليغِ إلى الأربعين[(٥)]، والتَّسخيمِ[(٦)].

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ١٢٩) الكتب العلمية: مَن ثبت أنَّه شهِدَ بزورٍ، عزَّره القاضي بما يراه، من تَوبيخٍ وضربٍ وحبسٍ، وشهَّرَ حاله، وأمَرَ بالنِّداء عليه في سُوقه إن كان من أهل السُّوق، أو قبيلته إن كانت له قبيلة، أو مسجِدِه تحذيراً للناس منه، وتأكيداً لأمره. اهـ.

(٢) سَخَّمَ وجهَه، أي: سوَّده، والسُّخامُ الفَحْمُ، والسَّخم السَّواد.

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب: من رخص في حلقه وجزه (٢٨٦٤٣) عن عمر أنَّه كتَبَ في شاهدِ الزُّورِ يُضرَبُ أربعين سوطاً، ويُسَخَّمُ وجهُهُ، ويُحلَقُ رأسُهُ، ويُطالُ حَبسُهُ.
وأخرج عبد الراق في مصنفه، كتاب الشهادات، باب: عقوبة شاهد الزور (١٥٣٩٦) عن مكحول أنَّ عمر بن الخطاب ضَرَبَ شاهدَ الزُّورِ أربعون سوطاً.

(٤) أي: إنَّه إذا تصوَّرَ الضَّربَ يخافُ فلا يَرجعُ عن شهادة الزُّورِ، وفيه تضييعٌ للحقوق. عناية.

(٥) لأنَّه لو كان على سبيل التَّعزير لم يبلغ الأربعين؛ لبلوغه حدّاً في غير حدٍّ. بناية.

(٦) أي: وبدلالة التَّسخيم، وجه الدِّلالة: أنَّ التَّسخيمَ مثلةٌ، وهي منسوخة. بناية.

وفي الجامع الصَّغير: شاهدانِ أقرَّا أنَّهما شَهِدا بِزُورٍ لم يُضرَبا، وقالا: يُعزَّران.

ثمَّ تفسيرُ التَّشهيرِ منقولٌ عن شُريح رَحِمَهُ اللَّهُ، فإنَّه كان يَبعَثُه إلى سُوقِهِ إن كان سُوقيّاً، وإلى قومِهِ إن كان غيرَ سُوقيٍّ بعدَ العصرِ أجمَعَ ما كانوا، ويقول: إنَّ شُريحاً يُقرِئكم السَّلامَ ويقول: إنَّا وجدنا هذا شاهِدَ زُورٍ فاحذَرُوه، وحذِّرُوا النَّاسَ منه.

وذكر شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه يُشهَّرُ عندهما أيضاً.

والتَّعزيرُ والحبسُ على قَدرِ ما يراه القاضي عندهما، وكيفيَّةُ التَّعزيرِ ذكرناه في الحدود.

(وفي الجامع الصَّغير: شاهدانِ أقرَّا أنَّهما شَهِدا بِزُورٍ لم يُضربا[1]، وقالا: يُعزَّران).

وفائدته: أنَّ شاهد الزُّور في حقِّ ما ذكرنا من الحُكم هو المُقِرُّ على نفسه بذلك، فأمَّا لا طريق إلى إثباتِ ذلك بالبيِّنة؛ لأنَّه نفيٌ للشَّهادةِ، والبيِّناتُ للإثبات، والله أعلم.



(١) أي: عند أبي حنيفة.

كتاب الرجوع عن الشهادة

كِتَابُ الرجوع عن الشهادة

إذا رَجَعَ الشُّهودُ عن شَهادَتِهِم قبلَ الحُكمِ بها سَقَطَتْ ولا ضمانَ عليهما، فإنْ حَكَمَ بِشَهادتِهِم ثُمَّ رَجَعُوا لم يُفْسَخِ الحُكمُ، وعليهم ضَمانُ ما أتلَفُوهُ بِشَهادَتِهِم، ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ إلَّا بِحَضرةِ الحاكمِ.

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

قال: (إذا رَجَعَ الشُّهودُ عن شَهادَتِهِم قبلَ الحُكمِ بها سَقَطَتْ)؛ لأنَّ الحقَّ إنَّما يثبتُ بالقضاءِ، والقاضي لا يقضي بكلام مُتناقِضٍ (ولا ضمانَ عليهما)؛ لأنَّهما ما أتلفا شيئاً لا على المُدَّعي ولا على المشهود عليه.

(فإنْ حَكَمَ بِشَهادتِهِم ثُمَّ رَجَعُوا لم يُفسَخِ الحُكمُ)؛ لأنَّ آخرَ كلامِهِم يُناقِضُ أوَّلَه، فلا يُنقَضُ الحكمُ بالتَّناقض، ولأنَّه[1] في الدِّلالةِ على الصِّدقِ مثلُ الأوَّلِ، وقد ترجَّحَ الأوَّلُ باتِّصالِ القضاءِ به. (وعليهم ضَمانُ ما أتلَفُوهُ بِشَهادَتِهِم)؛ لإقرارِهِم على أنفسِهِم بسبب الضَّمان، والتَّناقضُ لا يمنعُ صحَّةَ الإقرار، وسنقرِّرُه من بعد إن شاء الله تعالى.

(ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ إلَّا بِحَضرةِ الحاكمِ)؛ لأنَّه فَسْخٌ للشَّهادةِ، فيَختَصُّ بما تختَصُّ به الشَّهادةُ من المجلس، وهو مجلسُ القاضي، أيِّ قاضٍ كان، ولأنَّ الرُّجوعَ توبةٌ، والتَّوبةُ على حَسبِ الجنايةِ، فالسِّرُّ بالسِّرِّ والإعلانُ بالإعلان.

وإذا لم يصحَّ الرُّجوعُ في غيرِ مَجلسِ القاضي، فلوِ ادَّعى المَشهودُ عليه رُجوعَهُما وأرادَ يَمينَهُما لا يُحلَّفان، وكذا لا تُقبلُ بيِّنتُهُ عليهما؛ لأنَّه ادَّعى رجوعاً باطلاً[2]،

---

(١) أي: الكلام الآخر.

(٢) إذ الرُّجوعُ في غير مجلس القاضي باطلٌ. بناية.

وإذا شَهِدَ شاهدانِ بمالٍ، فحَكَمَ الحاكمُ بهِ، ثُمَّ رَجَعا ضَمِنا المالَ للمَشهودِ عليه فإنْ رَجَعَ أحَدُهما ضَمِنَ النِّصفَ. وإنْ شَهِدَ بالمالِ ثلاثةٌ، فَرَجَعَ أحَدُهُم فلا ضَمانَ عليه،

حتَّى لو أقام البيِّنَةَ أنَّه رجع عند قاضي كذا وضمَّنَه المالَ، تُقبلُ لأنَّ السَّببَ صحيحٌ.

قال: (وإذا شَهِدَ شاهدانِ بمالٍ، فحَكَمَ الحاكمُ بهِ، ثُمَّ رَجَعا ضَمِنا المالَ للمَشهودِ عليه)؛ لأنَّ التَّسبيبَ على وجهِ التَّعدِّي سببُ الضَّمانِ، كحافرِ البئرِ، وقد سبَّبا للإتلاف تعدِّياً.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[١]: لا يَضمنانِ لأنَّه لا عبرةَ للتَّسبيبِ عند وُجودِ المباشرة.

قلنا: تعذَّرَ إيجابُ الضَّمان على المباشِرِ - وهو القاضي - لأنَّه كالمُلجَإِ إلى القضاءِ، وفي إيجابِهِ صَرفُ النَّاسِ عن تَقلُّدِهِ، وتَعذَّر استيفاؤهُ من المُدَّعي؛ لأنَّ الحكمَ ماضٍ فاعتُبِر التَّسبيب، وإنَّما يضمنان إذا قَبَضَ المدَّعي المالَ، ديناً كان أو عيناً؛ لأنَّ الإتلافَ به يتحقَّقُ، ولأنَّه لا مماثلةَ بينَ أخذِ العينِ وإلزامِ الدَّين[٢].

قال: (فإنْ رَجَعَ أحَدُهما ضَمِنَ النِّصفَ)، والأصل: أنَّ المُعتبَرَ في هذا[٣] بقاءُ مَن بقي، لا رجوعُ من رَجَع، وقد بقي مَن بقي بشهادتِهِ نصفُ الحَقِّ.

(وإنْ شَهِدَ بالمالِ ثلاثةٌ، فَرَجَعَ أحَدُهُم فلا ضَمانَ عليه)؛ لأنَّه بقيَ مَن بقي بشهادتِهِ كلُّ الحقِّ، وهذا[٤] لأنَّ الاستحقاق باقٍ بالحُجَّةِ، والمُتلَفُ متى استُحِقَّ

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٢٧٤) الكتب العلمية: شَهِدوا لرجلٍ بمال، ثمَّ رجعوا بعد دفع المال إليه، لم يُنقَض الحكم، ولم يُرَدَّ المال إلى المدَّعى عليه، هذا هو الصَّحيح، وبه الجمهور، وهل يغرمون؟ قولان، والمذهبُ الغُرمُ مطلقاً. اهـ مختصراً.

(٢) معناه: أنَّهما إذا لزما ديناً بشهادتهما، فلو ضَمِنا قبل الأداءِ إلى المدَّعي، كان قد استوفى منهما عيناً بمقابلة دين، ولا مماثلة بينهما. بناية.

(٣) أي: في باب الرُّجوع عن الشَّهادة.

(٤) أي: عدمُ الضَّمان على الثالث الذي رجع.

فإنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعانِ نِصفَ الحقِّ. وإنْ شَهِدَ رجلٌ وامرأتانِ، فَرَجَعتِ امرأةٌ ضَمِنَتْ رُبْعَ الحَقِّ، وإنْ رَجَعَتا ضَمِنَتا نِصفَ الحَقِّ. وإنْ شَهِدَ رجلٌ وعَشْرَةُ نِسوةٍ، ثُمَّ رَجَعَ ثَمانٍ، فلا ضَمانَ عليهنَّ. فإنْ رَجَعَتْ أخرى كان عليهنَّ رُبعُ الحَقِّ، وإنْ رَجَعَ الرَّجلُ والنِّساءُ، فعَلَى الرَّجلِ سُدُسُ الحَقِّ، وعلى النِّسوةِ خمسةُ أسداسِهِ عند أبي حنيفة، وعندهما: على الرَّجلِ النِّصفُ وعلى النِّسوةِ النِّصفُ،

سَقَطَ الضَّمانُ[1]، فأولى أن يَمتنِعَ، (فإنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعانِ نِصفَ الحقِّ)؛ لأنَّ ببقاءِ أحدِهِم يبقى نصفُ الحقِّ.

(وإنْ شَهِدَ رجلٌ وامرأتانِ، فَرَجَعتِ امرأةٌ ضَمِنَتْ رُبْعَ الحَقِّ)؛ لبقاءِ ثلاثةِ الأرباعِ ببقاءِ مَن بَقِي، (وإنْ رَجَعَتا ضَمِنَتا نِصفَ الحَقِّ)؛ لأنَّ بشهادةِ الرَّجلِ بَقِي نصفُ الحقِّ.

(وإنْ شَهِدَ رجلٌ وعَشْرَةُ نِسوةٍ، ثمَّ رَجَعَ ثَمانٍ، فلا ضَمانَ عليهنَّ)؛ لأنَّه بقي مَنْ يبقى بشهادته كلُّ الحقِّ، (فإنْ رَجَعَتْ أخرى كان عليهنَّ رُبعُ الحَقِّ)؛ لأنَّه بقي النِّصفُ بشهادةِ الرَّجلِ والرُّبعُ بشهادةِ الباقيةِ، فبقي ثلاثةُ الأرباع.

(وإنْ رَجَعَ الرَّجلُ والنِّساءُ، فعَلَى الرَّجلِ سُدُسُ الحَقِّ، وعلى النِّسوةِ خمسةُ أسداسِهِ عند أبي حنيفة، وعندهما: على الرَّجلِ النِّصفُ وعلى النِّسوةِ النِّصفُ)؛ لأنَّهنَّ وإن كَثُرن يَقُمنَ مقامَ رجلٍ واحد، ولهذا لا تُقبلُ شهادتهنَّ إلَّا بانضمامِ رجلٍ واحدٍ.

---

(١) أي: استحقاقُ المُتلَفِ يُسقِطُ الضَّمانَ فيما إذا أتلَفَ إنسانٌ مالَ زيدٍ، فقضى القاضي له على المُتلِفِ بالضَّمان، ثمَّ استَحَقَّ المتلَفَ عمروٌ، وأخذ الضَّمان من المُتلِف، سقَطَ الضَّمانُ الثَّابتُ لزيدٍ بقضاء القاضي على المُتلِف؛ فلأن يَمْنَعَه بطريقِ الأولى؛ لأنَّ الدَّفعَ أسهلُ من الرَّفع. عناية
وما نحن فيه من هذا، فإنَّه بالرُّجوع أتلَفَ على المشهود له حِصَّتَه التي أثبَتَها له بشهادته له، وصارت مستحَقَّةً للمشهود عليه، وببقاءِ مَن يَبقى كلُّ الحقِّ به ظهَرَ استحقاقُ المَشهودِ له لتلك الحِصَّةِ دونَ المشهودِ عليه، فيدفعُ الضَّمانَ للمشهود عليه. فتح.

وإنْ رجَعَ النِّسوةُ العَشَرَةُ دونَ الرَّجلِ، كان عليهنَّ نِصفُ الحَقِّ على القولين. ولو شَهِدَ رَجلانِ وامرأةٌ بِمالٍ، ثمَّ رَجَعُوا، فالضَّمانُ عليهما دونَ المرأةِ. وإنْ شَهِدَ شاهدانِ على امرأةٍ بالنِّكاحِ بِمقدارِ مَهرِ مِثلِها، ثمَّ رَجَعا، فلا ضَمانَ عليهما، وكذلك إذا شَهِدا بأقَلَّ مِنْ مَهرِ مِثلِها، ....

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ كلَّ امرأتين قامتا مقامَ رجلٍ واحدٍ، قال ﷺ في نُقصانِ عقلِهِنَّ: «عدلَت شهادةُ اثنتينِ منهنَّ بشهادةِ رجلٍ واحد»[1]، فصار كما إذا شَهِد بذلك ستَّةُ رجالٍ ثمَّ رجعوا.

(وإنْ رجَعَ النِّسوةُ العَشَرَةُ دونَ الرَّجلِ، كان عليهنَّ نِصفُ الحَقِّ على القولين)؛ لِما قلنا[2].

(ولو شَهِدَ رَجلانِ وامرأةٌ بِمالٍ، ثمَّ رَجَعُوا، فالضَّمانُ عليهما دونَ المرأةِ)؛ لأنَّ الواحدةَ ليست بشاهدةٍ، بل هي بعض الشَّاهد، فلا يُضافُ إليه الحُكم.

قال: (وإنْ شَهِدَ شاهدانِ على امرأةٍ بالنِّكاحِ بِمقدارِ مَهرِ مِثلِها، ثمَّ رَجَعا، فلا ضَمانَ عليهما، وكذلك إذا شَهِدا بأقَلَّ مِنْ مَهرِ مِثلِها[3])؛ لأنَّ مَنافعَ البُضعِ

---

(١) أخرج البخاري في الحيض، باب: ترك الحائض الصوم (٢٩٨)، ومسلم في الإيمان، باب: بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات (٧٩، ٨٠) عن أبي سعيد الخدري قال: خرَجَ رسولُ اللهِ ﷺ في أضحى أو فِطرٍ إلى المُصلَّى، فمَرَّ على النِّساء فقال: «يا مَعشَرَ النِّساءِ تَصَدَّقنَ؛ فإنِّي أُرِيتُكُنَّ أكثَرَ أهلِ النَّار»، فَقُلْنَ: وبِمَ يا رسول الله؟ قال: «تُكثِرْنَ اللَّعنَ، وتَكفُرْنَ العَشيرَ، ما رأيتُ مِن ناقِصاتِ عَقلٍ ودينٍ أذهَبَ لِلُبِّ الرَّجلِ الحازِمِ من إحداكُنَّ»، قلن: وما نُقصانُ دِينِنا وعَقلِنا يا رسولَ الله؟ قال: «أليسَ شهادةُ المَرأةِ مِثلُ نصفِ شهادةِ الرَّجلِ؟»، قُلن: بلى، قال: «فذلك من نُقصانِ عَقلِها، أليس إذا حاضَتْ لم تُصلِّ ولم تَصُمْ؟» قُلن: بلى، قال: «فذلك من نُقصانِ دِينها».

(٢) من أنَّ المعتبر هو بقاء ما بقي، فالرَّجلُ يبقى ببقائه نصفُ الحقِّ. بناية.

(٣) قال في الفتح: ذكر في المنظومة في صورةِ النُّقصانِ أنَّهما يَضمنانِ ما نقَصَ عن مهرِ مِثلِهما عند أبي حنيفة ومحمَّد، خلافاً لأبي يوسف.

ثم قال: وما ذكره صاحبُ الهداية هو المعروف في المذهب، وعليه صاحب النِّهاية وغيرُهُ من الشَّارحين لم ينقلوا سِواه خِلافاً ولا رواية، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح =

وكذا إذا شَهِدا على رَجلٍ بتزَوُّجِ امرأةٍ بِمِقدارِ مَهرِ مِثلِها، وإنْ شَهِدا بأكثَرَ مِنْ مَهرِ المِثْلِ ثُمَّ رَجَعا ضَمِنا الزِّيادةَ. وإنْ شَهِدا بِبَيعِ شَيءٍ بِمِثلِ القيمةِ أو أكثَرَ، ثُمَّ رَجَعا لم يَضْمَنا، وإنْ كانَ بِأقَلَّ مِنَ القيمةِ ضَمِنا النُّقصانَ. ....

غيرُ مُتقوِّمة عند الإتلاف؛ لأنَّ التَّضمينَ يستدعي المُماثلَةَ على ما عُرِف[1].

وإنَّما تُضمَنُ وتُتقوَّمُ بالتَّملُّك[2]؛ لأنَّها تصيرُ متقوِّمةً ضرورةَ المِلْك إبانةً لِخَطَرِ المحلِّ[3].

(وكذا إذا شَهِدا على رَجلٍ بتزَوُّجِ امرأةٍ بِمِقدارِ مَهرِ مِثلِها)؛ لأنَّه إتلافٌ بِعِوَض؛ لِما أنَّ البُضعَ مُتقوِّم حالَ الدُّخولِ في الملك، والإتلافُ بِعِوَضٍ كلا إتلاف، وهذا لأنَّ مَبنى الضَّمانِ على المُماثلةِ، ولا مُماثلةَ بينَ الإتلافِ بِعِوَضٍ وبينَه بغيرِ عِوَضٍ.

(وإنْ شَهِدا بأكثَرَ مِنْ مَهرِ المِثْلِ ثُمَّ رَجَعا ضَمِنا الزِّيادةَ)؛ لأنَّهما أتلفاها[4] من غير عِوَضٍ.

قال: (وإنْ شَهِدا بِبَيعِ شَيءٍ بِمِثلِ القيمةِ أو أكثَرَ، ثُمَّ رَجَعا لم يَضْمَنا)؛ لأنَّه ليس بإتلافٍ معنىً، نظراً إلى العِوَض، (وإنْ كانَ بِأقَلَّ مِنَ القيمةِ ضَمِنا النُّقصانَ)؛ لأنَّهما أتلفا هذا الجزءَ بلا عِوَضٍ.

= الطحاوي والذخيرة وغيرهم. اهـ.

(١) يعني: بالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البَقَرَة: ١٩٤]، ولا مماثلة بين العين - التي هي عوض - وبين المنفعة التي هي البضع في مسألتنا، فلا يجب الضَّمان كما في إتلاف سائر منافع المغصوب، حيث لا يجب الضَّمان عندنا. بناية.

(٢) أي: وإنَّما تُضمَن منافعُ البُضعِ وتُتقوَّمُ بالدُّخول ...
وهذا جوابٌ عمَّا يقال: لو لم تكن المنافعُ متقوِّمةً لكانت بالتَّملُّك - أي: بالدخول - كذلك.

(٣) أي: تقوُّمُ البُضعِ حالَ الدُّخولِ ليس إلَّا لإظهارِ خَطرِهِ حيثُ كان منه النَّسلُ المطلوبُ في الدُّنيا والآخرةِ وغير ذلك من النَّفع، كما شُرِطتِ الشَّهادةُ على العقدِ عليه دونَ سائرِ العقودِ لذلك، لا لاعتبارِهِ مُتقوِّما في نفسه، كالأعيان المالية.

(٤) أي: الزِّيادة.

وإنْ شَهِدا على رَجلٍ أنَّهُ طَلَّقَ امرأتَهُ قبلَ الدُّخولِ بها، ثمَّ رَجَعا، ضَمِنا نِصفَ المَهرِ. وإنْ شَهِدا أنَّهُ أعتقَ عبدَهُ، ثمَّ رَجَعا، ضَمِنا قِيمَتَهُ. وإنْ شَهِدُوا بِقِصاصٍ، ثمَّ رَجَعُوا بعدَ القَتلِ، ضَمِنُوا الدِّيَةَ ولا يُقتَصُّ منهم. ....

ولا فَرْقَ بينَ أن يكونَ البيعُ باتّاً أو فيه خيارُ البائع؛ لأنَّ السَّببَ هو البيعُ السَّابقُ، فَيُضافُ الحكمُ عند سقوطِ الخيارِ إليه، فَيُضافُ التَّلفُ إليهم.

(وإنْ شَهِدا على رَجلٍ أنَّهُ طَلَّقَ امرأتَهُ قبلَ الدُّخولِ بها، ثمَّ رَجَعا، ضَمِنا نِصفَ المَهرِ)؛ لأنَّهما أكَّدا ضماناً على شَرفِ السُّقوط، ألا ترى أنَّها لو طاوعتِ ابنَ الزَّوجِ أو ارتدَّتْ سقَطَ المهرُ أصلاً، ولأنَّ الفُرقةَ قبلَ الدُّخولِ في معنى الفَسخِ، فَيُوجِبُ سقوطَ جميعِ المهرِ، كما مرَّ في النكاح[1]، ثمَّ يجبُ نصفُ المهرِ ابتداءً بطريق المُتعةِ، فكان واجباً بشهادتهما.

قال: (وإنْ شَهِدا أنَّهُ أعتقَ عبدَهُ، ثمَّ رَجَعا، ضَمِنا قِيمَتَهُ)؛ لأنَّهما أتلفا ماليَّةَ العبد عليه من غير عِوَض، والوَلاءُ للمُعتِقِ؛ لأنَّ العتقَ لا يتحوَّلُ إليهما بهذا الضَّمان، فلا يتحوَّلُ الولاء إليهما.

(وإنْ شَهِدُوا بِقِصاصٍ، ثمَّ رَجَعُوا بعدَ القَتلِ، ضَمِنُوا الدِّيَةَ ولا يُقتَصُّ منهم).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: يُقتَصُّ منهم لِوُجودِ القتلِ منهم تَسبِيباً، فأشبَهَ المُكرَهَ، بل أولى[3]؛ لأنَّ الوليَّ يُعانُ والمُكرَه يُمنَع.

ولنا: أنَّ القتلَ مُباشَرَةً لم يُوجَد، وكذا تَسبِيباً؛ لأنَّ التَّسبيبَ ما يُفضِي إليه غالباً، وهاهنا لا يُفضِي لأنَّ العفو مندوبٌ، بخلاف المُكرَهِ لأنَّه يُؤثِرُ حياتَهُ ظاهراً، ولأنَّ

---

(١) أي: في باب المهر، عند قوله: «وتستحب المتعة لكل مطلقة ...» انظر ص (٥٤).

(٢) انظر (٢/ ٤٥٢) ت (٢).

(٣) أي: التَّسبيبُ هاهنا أولى من الإكراه؛ لأنَّ التَّسبيب مُوجِبٌ من حيث الإفضاءُ، والإفضاءُ هاهنا أكثر؛ لأنَّ المكرَهَ يُمنَع عن القتل ولا يُعانُ عليه، والوليُّ يُعان على الاستيفاء، فكان هذا أكثر إفضاءً، ومع ذلك يُقتَصُّ من المُكرَهِ للتَّسبيبِ، فَمِنَ الشَّاهِدِ أولى. عناية.

وإذا رَجَعَ شُهودُ الفَرعِ ضَمِنُوا، ولو رَجَعَ شُهودُ الأصلِ وقالوا: «لم نُشْهِدْ شُهودَ الفَرعِ على شَهادَتِنا»، فلا ضَمانَ عليهم، وإنْ قالوا: «أشهَدْناهُم وغَلِطنا» ضَمِنُوا، وهذا عند محمد، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا ضَمانَ عليهم. ولو رَجَعَ الأصولُ والفُرُوعُ جميعاً يَجِبُ الضَّمانُ عندهما على الفُروعِ لا غيرُ.

الفعلَ الاختياريَّ ممَّا يَقطعُ النِّسبةَ[١]، ثمَّ لا أقلَّ من الشُّبهةِ وهي دارئةٌ للقصاص، بخلافِ المالِ لأنَّه يَثبُتُ مع الشُّبهاتِ، والباقي يعرف في المختلف[٢].

قال: (وإذا رَجَعَ شُهودُ الفَرعِ ضَمِنُوا)؛ لأنَّ الشَّهادةَ في مجلسِ القضاءِ صدرت منهم، فكان التَّلَفُ مضافاً إليهم.

(ولو رَجَعَ شُهودُ الأصلِ وقالوا: لم نُشْهِدْ شُهودَ الفَرعِ على شَهادَتِنا، فلا ضَمانَ عليهم)؛ لأنَّهم أنكروا السَّببَ، وهو الإشهاد، فلا يَبطلُ القضاءُ؛ لأنَّه خبرٌ مُحتمِلٌ[٣]، فصار كرجوع الشَّاهدِ، بخلاف ما قبلَ القضاءِ[٤]، (وإنْ قالوا: «أشهَدْناهُم وغَلِطنا» ضَمِنُوا، وهذا عند محمد، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا ضَمانَ عليهم)؛ لأنَّ القضاءَ وَقَع بشهادةِ الفُروعِ؛ لأنَّ القاضي يقضي بما يُعاينُ من الحُجَّة، وهي شهادتُهم.

وله: أنَّ الفروعَ نقلوا شهادةَ الأصولِ، فصار كأنَّهم حَضَروا[٥].

(ولو رَجَعَ الأصولُ والفُرُوعُ جميعاً يَجِبُ الضَّمانُ عندهما على الفُروعِ لا غيرُ)؛

---

(١) يعني: سلَّمنا أنَّ ثمَّةَ تسبيباً، ولكنَّ الفعلَ الاختياريَ يقطعُ نسبةَ ذلك الفعلِ إلى غيره، والفِعلُ هاهنا - وهو القتل - وُجِد من الوليِّ باختياره الصَّحيح، فقَطَع نِسبتَهَ إلى الشُّهود.
وإن سلَّمنا أنَّه لا يقطعُ نسبتَهُ إلى الشُّهودِ، لكن لا أقلَّ أن يُورِثَ شُبهةً يَندرئُ بها القصاص. عناية.

(٢) أي: مختلف الرِّواية تصنيف الفقيه أبي الليث. عناية.

(٣) أي: محتمل للصِّدق والكذب، والقضاءُ لا يبطل بالاحتمال. بناية.

(٤) أي: بخلاف ما إذا أنكروا الإشهادَ قبلَ القضاءِ، فإنَّه لا يقضي بشهادةِ الفرعين، كما إذا رجع الشُّهود عن الشَّهادة قبل القضاء.

(٥) أخَّر المصنِّفُ دليلَ محمَّد، وعادتُهُ أن يكون المرجَّحُ عنده ما أخَّره.

وإنْ قال شُهودُ الفَرعِ: «كَذَبَ شُهُودُ الأصلِ، أو غَلِطُوا في شَهادَتِهِم» لم يَلتَفِتْ إلى ذلك. وإنْ رَجَعَ المُزَكُّونَ عنِ التَّزكيةِ ضَمِنُوا، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يَضمَنُون.

لأنَّ القضاءَ وقع بشهادتِهِم. وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المشهودُ عليه بالخيارِ، إن شاء ضمَّنَ الأصولَ وإن شاء ضمَّنَ الفروعَ؛ لأنَّ القضاءَ وقع بشهادةِ الفروعِ من الوجهِ الذي ذَكَرا[١]، وبشهادةِ الأصولِ من الوجهِ الذي ذَكَرَ[٢] فيتخيَّرُ بينهما.

والجهتانِ مُتغايرتانِ فلا يُجمَع بينهما في التَّضمين[٣].

(وإنْ قال شُهودُ الفَرعِ: «كَذَبَ شُهُودُ الأصلِ، أو غَلِطُوا في شَهادَتِهِم» لم يَلتَفِتْ إلى ذلك)؛ لأنَّ ما أمضَى مِنَ القضاءِ لا يَنتقِضُ بِقَولِهِم، ولا يجبُ الضَّمانُ عليهم؛ لأنَّهم ما رجعوا عن شهادَتِهِم، إنَّما شَهِدوا على غيرِهِم بالرُّجوع.

قال: (وإنْ رَجَعَ المُزَكُّونَ عنِ التَّزكيةِ ضَمِنُوا، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يَضمَنُون)؛ لأنَّهم أثْنَوا على الشُّهود خيراً، فصاروا كشهودِ الإحصانِ[٤].

وله: أنَّ التَّزكيةَ إعمالٌ للشَّهادةِ، إذِ القاضي لا يَعمَلُ بها إلَّا بالتَّزكية، فصارت بمعنى عِلَّة العِلَّةِ، بخلاف شهودِ الإحصان؛ لأنَّه شرطٌ مَحضٌ[٥].

---

(١) أي: بما ذكر أبو حنيفة وأبو يوسف من أنَّ القاضي يقضي بما يُعاينُ من الحجَّة، وهي شهادتهم.

(٢) أي: بما ذكر محمَّد من أنَّ الفروع نقلوا شهادةَ الأصل.

(٣) هذا جواب عمَّا يقال: لِمَ لا يجمع بين الجهتين، حتَّى يُضمَّنَ كلَّ فريق نصفَ التَّلفِ. بناية.

(٤) أي: إذا رَجَعوا بعد الرَّجم، لا يضمنون الدِّيةَ باتِّفاق.

(٥) أي: التَّزكيةُ عِلَّةُ إعمالِ الشَّهادةِ، والشَّهادةُ علَّةُ التَّلفِ، فصار التَّلفُ مضافاً إلى التَّزكية؛ لأنَّ الحكمَ يُضافُ إلى علَّةِ العلَّةِ كما يُضافُ إلى العلَّة، بخلاف الإحصان؛ لأنَّه ليس العِلَّةَ في القتل بل العِلَّةُ فيه الزِّنا، والإحصانُ ليس مُثبتاً للزِّنا، فشُهودُهُ لا يُثبتون الزِّنا، فليس علَّةً لعلَّةِ القتل لِيَجبَ الضَّمانُ، بل هو شرطٌ محضٌ، أي: عند وُجودِهِ يكونُ الحدُّ، وتمامُ المؤثِّرِ في الحدِّ رَجماً كان أو جلداً ليس إلَّا الزِّنا. فتح.

وإذا شَهِدَ شاهدانِ باليَمينِ وشاهدانِ بِوُجودِ الشَّرطِ، ثمَّ رَجَعُوا، فالضَّمانُ على شُهودِ اليَمينِ خاصَّةً.

(وإذا شَهِدَ شاهدانِ باليَمينِ وشاهدانِ بِوُجودِ الشَّرطِ[1]، ثمَّ رَجَعُوا، فالضَّمانُ على شُهودِ اليَمينِ خاصَّةً)؛ لأنَّه هو السَّببُ، والتَّلفُ يُضافُ إلى مُثبتي السَّببِ دونَ الشَّرطِ المَحضِ، ألا ترى أنَّ القاضي يقضي بشهادة اليَمينِ دونَ شهودِ الشَّرطِ.

ولو رجع شهودُ الشَّرطِ وحدَهُم اختلف المشايخ فيه.

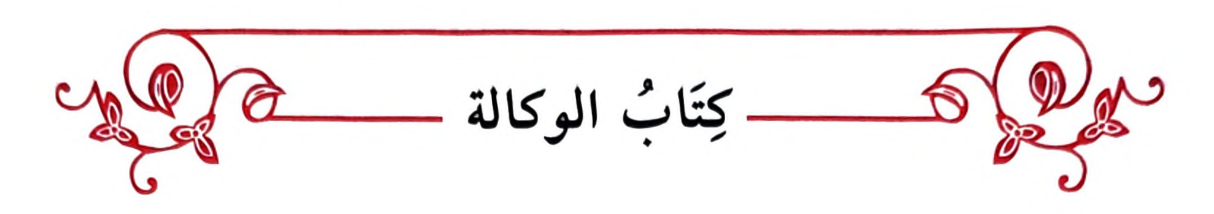
ومعنى المسألة يمينُ العتاقِ والطَّلاقِ قبلَ الدُّخول.



---

(١) أي: شَهِدوا بتعليقِ طلاقِ زوجتِهِ قبلَ الدُّخولِ بها بِدُخولِ الدَّارِ، أو بِتَعليقِ عِتْقِ عبدِهِ به، ثمَّ شَهِدَ آخرانِ بدخولِ الدَّارِ، فقضى بالطَّلاق والعتاقِ، ثمَّ رجع الفريقان. فتح.

كتاب الوكالة



كِتَابُ الوكالة

كُلُّ عَقدٍ جازَ أنْ يَعقِدَهُ الإنسانُ بِنَفسِهِ جازَ أن يُوكِّلَ بِهِ غَيرَهُ. ....

(كتاب الوكالة[1])

قال: (كُلُّ عَقدٍ جازَ أنْ يَعقِدَهُ الإنسانُ بِنَفسِهِ جازَ أن يُوكِّلَ بِهِ غَيرَهُ)؛ لأنَّ الإنسانَ قد يَعجَزُ عن المباشرةِ بنفسِهِ على اعتبارِ بعضِ الأحوالِ، فيحتاجُ إلى أنْ يُوكِّلَ غيرَهُ، فيكونُ بسبيلٍ منه دفعاً للحاجة، وقد صَحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ وَكَلَّ بالشِّراءِ حكيمَ بنَ حِزام[2]، وبالتَّزويجِ عُمرَ بنَ أمِّ سلمة رضي الله عنهما[3].

---

(١) الوكالة - بكسر الواو وفتحها - اسمُ «التَّوكيل» من وكَّلَه بكذا، إذا فَوَّض إليه ذلك، والوكيلُ هو القائمُ بما فُوِّضَ إليه، كأنَّه فعيل بمعنى مفعول؛ لأنَّه مَوكُولٌ إليه الأمر، أي: مُفوَّض إليه.
وفي اصطلاح الفقهاء: عبارةٌ عن إقامةِ الإنسانِ غيرَهُ مَقامَ نفسِهِ في تَصرُّفٍ معلومٍ. عناية.

(٢) أخرج أبو داود في البيوع، باب: في المضارب يخالف (٣٣٨٦) عن حكيم بن حِزامٍ أنَّ رسولَ الله ﷺ بعَثَ معه بدينارٍ يَشتري له أُضحيةً، فاشتراها بدينارٍ وباعَها بدينارَينِ، فرَجَعَ فاشترى له أُضحيةً بدينارٍ وجاء بدينارٍ إلى النَّبيِّ ﷺ، فتَصدَّقَ به النَّبيُّ ﷺ ودعا له أن يُبارِكَ له في تجارتِهِ.

(٣) أخرجه أحمد (٦/ ٣١٣) (٢٧٢٠٤)، والنسائي في الصغرى، كتاب النكاح، باب: انكاح الابن أمَّه (٣٢٥٤) عن عمر بن أبي سلمة عن أمِّ سلمة: لمَّا انقضَتْ عدَّتُها بعَثَ إليها أبو بكر يَخطُبُها عليه، فلم تُزوِّجه، فبعَثَ إليها رسولُ الله ﷺ عمرَ بنَ الخطَّاب يَخطِبُها عليه، فقالت: أخبِرْ رسولَ الله ﷺ إنِّي امرأةٌ غَيْرَى، وإنِّي امرأة مُصبِيَةٌ، وليس أحد من أوليائي شاهدٌ، فأتى رسولَ الله ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «ارجِعْ إليها فقل لها: أمَّا قولُكِ: إنِّي امرأةٌ غيرَى، فسأدعو اللهَ لكِ فَيُذهِبُ غيرتَكِ، وأمَّا قولُكِ: إنِّي امرأةٌ مُصبِيةٌ فَستُكفَينَ صِبيانَكِ، وأمَّا قولُكِ: أن ليس أحدٌ من أوليائي شاهدٌ، فليس أحدٌ من أوليائِكِ شاهدٌ ولا غائبٌ يَكرَهُ ذلك»، فقالت لابنها: يا عُمر قُمْ فزوِّجْ رسولَ الله ﷺ، فزوَّجَه. مختصر، وهذا لفظ النسائي.

وتَجوزُ الوَكالةُ بِالخُصومةِ في سائرِ الحُقُوقِ، وكذا بِإيفائِها واستِيفائِها، إلَّا في الحُدُودِ والقِصاصِ، فإنَّ الوَكالةَ لا تَصحُّ بِاستيفائِها مع غَيبةِ المُوكِّلِ عن المَجلِسِ، ....

قال: (وتَجوزُ الوَكالةُ بِالخُصومةِ في سائرِ الحُقُوقِ)؛ لِما قدَّمنا من الحاجةِ؛ إذ ليس كلُّ أحدٍ يَهتدي إلى وُجوهِ الخُصُومات، وقد صحَّ أنَّ علياً رضي الله عنه وكَّل عَقيلاً، وبعدما أسَنَّ وكَّلَ عبدَ الله بنَ جَعفر رضي الله عنه[١].

(وكذا بِإيفائِها واستِيفائِها، إلَّا في الحُدُودِ والقِصاصِ، فإنَّ الوَكالةَ لا تَصحُّ بِاستيفائِها مع غَيبةِ المُوكِّلِ عن المَجلِسِ)؛ لأنَّها تندرئُ بالشُّبهاتِ، وشبهةُ العَفوِ ثابتةٌ حالَ غيبةِ المُوكِّل[٢]، بل هو الظَّاهرُ للنَّدب الشَّرعيِّ، بخلاف غَيبةِ الشَّاهدِ[٣] لأنَّ الظَّاهرَ عدمُ الرُّجوع.

وبخلاف حالةِ الحَضرةِ[٤] لانتفاءِ هذه الشُّبهةِ، وليس كلُّ أحدٍ يُحسِنُ الاستيفاءَ، فلو مُنِع عنه[٥] يَنسَدُّ بابُ الاستيفاءِ أصلاً، وهذا الذي ذكرناه قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

(١) أخرج البيهقي في الصغرى، كتاب البيوع، باب: الوكالة (٢٢٠٥) عن عبد الله بن جعفر قال: كان عليُّ بنُ أبي طالب يكرَهُ الخُصومةَ، فكان إذا كانت له خُصومةٌ وكَّلَ فيها عَقيلَ بنَ أبي طالب، فلما كبر عقيلُ وكَّلني.

(٢) هذا الوجهُ مخصوصُ بالقصاص، إذِ الحدودُ لا يُعفَى عنها، فالمرادُ أنَّ في القصاصِ ثُبوتَ شُبهةٍ أخرى حالَ غَيبةِ المُوكِّل، وهي شبهةُ العفوِ؛ لِجَوازِ أن يكون المُوكِّلُ قد عَفا ولم يَشعُرْ به الوكيل. فتح.

(٣) حيث تستوفى الحدود والقصاص عند غيبته.

(٤) أي: حَضرةُ المُوكِّلِ في المجلس، حيثُ يُستوفَى ذلك عندها.

(٥) أي: عن التوكيل بالاستيفاء.

وقال أبو يوسف: لا تَجوزُ الوَكالةُ بِإثباتِ الحُدُودِ والقِصاصِ بإقامةِ الشُّهودِ أيضاً،

(وقال أبو يوسف: لا تَجوزُ الوَكالةُ بِإثباتِ الحُدُودِ والقِصاصِ بإقامةِ الشُّهودِ أيضاً[1])، ومحمَّدٌ مع أبي حنيفة، وقيل: مع أبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقيل: هذا الاختلافُ في غَيبتِهِ دونَ حَضرتِهِ؛ لأنَّ كلامَ الوكيلِ يَنتقلُ إلى المُوكِّل عند حضوره، فصار كأنَّه مُتكلِّم بنفسه.

له: أنَّ التَّوكيلَ إنابةٌ، وشُبهةُ النِّيابة يُتَحرَّزُ عنها في هذا الباب، كما في الشَّهادة على الشَّهادة[2]، وكما في الاستيفاء[3].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: أنَّ الخصومةَ شرطٌ مَحضٌ[4]؛ لأنَّ الوجوبَ مضافٌ إلى الجناية، والظُّهورَ[5] إلى الشَّهادة، فيجري فيه التَّوكيلُ كما في سائرِ الحقوقِ.

وعلى هذا الخلافِ التَّوكيلُ بالجوابِ مِنْ جانبِ مَنْ عليه الحَدُّ والقِصاص. وكلامُ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ فيه[6] أظهرُ؛ لأنَّ الشُّبهةَ لا تمنعُ الدَّفعَ[7]، غيرَ أنَّ إقرارَ

---

(١) أي: قال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا تجوزُ الوكالةُ بالخصومة في بعضٍ من تلك الحقوق، وهو إثباتُ الحدودِ والقصاص أيضاً، أي: كما لا تجوزُ الوَكالةُ بإيفاءِ الحُدودِ والقِصاصِ بالاتِّفاق. فتح.

(٢) أي: كالشُّبهة التي في الشَّهادةِ على الشَّهادةِ، حتَّى لا يثبتُ بها الحدودُ والقصاصُ بالاتِّفاق، كما لا يُثبتُ بشهادةِ النِّساء مع الرِّجال، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي. فتح.

(٣) أي: وكالشُّبهةِ التي في التَّوكيل باستيفاءِ الحدودِ والقصاصِ عندَ غَيبةِ المُوكِّل، فإنَّها مانعةٌ لصحَّةِ التَّوكيلِ بالاتِّفاق. فتح.

(٤) أي: لا حظَّ لها في وجوب الحدود والقصاص، ولا في إثباتها.

(٥) أي: إثباتُ الحدودِ والقصاص مضاف إلى الشَّهادة.

(٦) أي: في التَّوكيل بالجواب.

(٧) يعني: أنَّ التَّوكيلَ بالجواب إنَّما يكونُ للدَّفع، ودفعُ الحدودِ والقصاصِ يَثبُتُ بالشُّبهات، حتَّى يثبتُ العفوُ عن القِصاص بالشَّهادةِ على الشَّهادة وبشهادةِ النِّساءِ مع الرِّجال، فالشُّبهةُ التي ذُكرت في دليل أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ على تقدير كونِها مُعتبَرَةً لا تمنع هاهنا. فتح.

وقال أبو حنيفة: لا يَجوزُ التَّوكيلُ بِالخُصُومةِ إلَّا بِرِضا الخَصْمِ، إلَّا أنْ يكونَ المُوكِّلُ مَرِيضاً أو غائباً مَسِيرَةَ ثَلاثةِ أيَّامٍ فَصاعداً، وقالا: يجوزُ التَّوكيلُ بِغيرِ رِضا الخَصْمِ.

الوكيلِ غيرُ مقبولٍ عليه[1] لِما فيه من شُبهةِ عدَمِ الأمرِ به.

(وقال أبو حنيفة: لا يَجوزُ التَّوكيلُ بِالخُصُومةِ إلَّا بِرِضا الخَصْمِ، إلَّا أنْ يكونَ المُوكِّلُ مَرِيضاً أو غائباً مَسِيرَةَ ثَلاثةِ أيَّامٍ فَصاعداً. وقالا: يجوزُ التَّوكيلُ بِغيرِ رِضا الخَصْمِ)، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[2].

ولا خِلافَ في الجوازِ، إنَّما الخِلافُ في اللُّزُومِ[3].

لهما: أنَّ التَّوكيلَ تَصرُّفٌ في خالِصِ حقِّهِ، فلا يتوقَّفُ على رِضا غيرِهِ، كالتَّوكيل بِتَقاضي الدُّيونِ.

وله: أنَّ الجوابَ مُستحَقٌّ على الخَصمِ ولهذا يَستحضِرُهُ[4]، والنَّاسُ مُتفاوِتون في الخُصومةِ، فلو قلنا بِلُزُومه يتضرَّرُ به، فيتوقَّفُ على رضاه. كالعبدِ المُشترَكِ

---

(١) أي: على مُوكِّله، يعني: لو أقرَّ الوكيلُ في مجلس القضاءِ بوجوبِ الحدِّ والقِصاصِ على مُوكِّله، لم يُقبل إقرارُهُ استحساناً. فتح.

(٢) قال الرافعي في الشرح الكبير (٩/١١) دار الفكر: يجوزُ لكلِّ واحدٍ من المُدَّعى والمُدَّعى عليه التَّوكيلُ بالخصومة، رضي صاحبه أولم يرض، وليس لصاحبه الامتناع من خصومة الوكيل. اهـ.

(٣) قال في الفتح: معناه: إذا وَكَّل مِن غيرِ رضا الخَصمِ هل يرتدُّ بردِّه أم لا؟ عنده يرتدُّ خلافاً لهم. فعلى هذا التَّأويل يكون معنى قول القدوري «قال أبو حنيفة: لا يجوزُ التَّوكيلُ بالخصومة إلَّا برضا الخَصم» أي: لا يلزمُ، ذَكرَ الجوازَ وأراد اللّزومَ؛ لأنَّ الجوازَ من لوازمِ اللُّزومِ، فيجوزُ ذِكرُ اللازمِ وإرادةُ المَلزوم، كذا في الشُّروح. انظر تمام كلامه.

(٤) يعني: أنَّ الجوابَ حقٌّ واجبٌ للمدَّعي على المدَّعى عليه، ولهذا يَستحضِرُ المدَّعي الخصمَ في مجلس القاضي قبلَ أن يَثبت له عليه شيءٌ؛ لِيُجيبَهُ عمَّا يدَّعيه عليه، وغايةُ ما في الباب أن يكون التَّوكيلُ تصرُّفاً في خالصِ حقِّ الموكِّل، لكن تصرُّفُ الإنسانِ في خالص حقِّه إنَّما ينفُذُ إذا لم يتعدَّ إلى الإضرار بالغير. فتح.

ومِنْ شَرطِ الوَكالةِ: أنْ يَكُونَ المُوكِّلُ مِمَّنْ يَملِكُ التَّصرُّفَ وتَلزَمُهُ الأحكامُ، والوَكيلُ مِمَّنْ يَعقِلُ العَقْدَ ويَقصِدُهُ. وإذا وَكَّلَ الحُرُّ العاقِلُ البالغُ أو المأذُونُ مِثلَهُما جازَ. وإنْ وَكَّلا صَبِيّاً مَحجُوراً يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ، أو عبداً مَحجُوراً جازَ، ولا يَتعَلَّقُ بهما الحُقُوقُ ويَتَعَلَّقُ بِمُوكِّلِهما.

إذا كاتَبَهُ أحدُهُما يتخيَّرُ الآخَرُ، بخلافِ المريضِ والمسافرِ؛ لأنَّ الجوابَ غيرُ مُستحَقٍّ عليهما هنالك.

ثمَّ كما يَلزَمُ التَّوكيلُ عنده من المسافر يَلزَمُ إذا أراد السَّفَرَ لِتَحقُّقِ الضَّرورة.

ولو كانت المرأةُ مُخَدَّرةً لم تَجرِ عادَتُها بالبُرُوزِ وحُضورِ مَجلِسِ الحُكمِ، قال الرَّازي رَحِمَهُ اللهُ: يلزَمُ التَّوكيلُ لأنَّها لو حَضَرَت لا يُمكِنُها أن تَنطِقَ بحقِّها لحيائها، فيلزمُ توكيلُها. قال: وهذا شيءٌ استحسَنَهُ المتأخِّرون[1].

قال: (ومِنْ شَرطِ الوَكالةِ أنْ يَكُونَ المُوكِّلُ مِمَّنْ يَملِكُ التَّصرُّفَ وتَلزَمُهُ الأحكامُ)؛ لأنَّ الوكيلَ يَملِكُ التَّصرُّفَ من جهةِ المُوكِّلِ، فلا بدَّ أن يكونَ المُوكِّل مالكاً لِيُملِّكَه من غيره.

(و) يُشتَرَط أن يكونَ (الوَكيلُ مِمَّنْ يَعقِلُ العَقْدَ ويَقصِدُهُ)؛ لأنَّه يقومُ مَقامَ المُوكِّل في العبارة، فيُشترطُ أن يكونَ من أهلِ العبارةِ، حتَّى لو كان صبيّاً لا يَعقِلُ أو مَجنوناً كان التَّوكيلُ باطلاً.

(وإذا وَكَّلَ الحُرُّ العاقِلُ البالغُ أو المأذُونُ مِثلَهُما جازَ)؛ لأنَّ المُوكِّلَ مالكٌ للتَّصرُّفِ والوكيلُ من أهلِ العبارةِ.

(وإنْ وَكَّلا صَبِيّاً مَحجُوراً يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ، أو عبداً مَحجُوراً جازَ، ولا يَتعَلَّقُ بهما الحُقُوقُ ويَتَعَلَّقُ بِمُوكِّلِهما)؛ لأنَّ الصَّبيَّ من أهلِ العبارةِ؛ ألا ترى أنَّه يَنفُذُ تصرُّفُه بإذنِ وليِّهِ، والعبدُ مِن أهلِ التَّصرُّفِ على نفسِهِ مالكٌ له، وإنَّما لا يَملِكُه

---

[1] وأمَّا في الأصل فإنَّه لا فرقَ عند أبي حنيفة بين الرَّجلِ والمرأةِ المُخدَّرةِ وغيرِها، البِكرِ والثَّيِّبِ في عدَمِ جوازِ الوكالة إلَّا بالعذرين المذكورين، وعندهما كذلك في جوازها. عناية.

والعَقدُ الذي يَعقِدُهُ الوُكلاءُ على ضَرْبَينِ: كلُّ عقدٍ يُضيفُهُ الوكيلُ إلى نفسِهِ كالبيعِ والإجارةِ، فَحقُوقُهُ تتعلَّقُ بالوكيلِ دونَ المُوكِّلِ، ....

في حقِّ المولى، والتَّوكيلُ ليس تصرُّفاً في حقِّه إلَّا أنَّه لا يصحُّ منهما التزامُ العُهدةِ: أمَّا الصَّبيُّ لِقُصورِ أهليَّتِهِ، والعبدُ لِحقِّ سيِّدِه، فتلزمُ المُوكِّلَ[1].

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ المشتري إذا لم يَعلَم بحالِ البائعِ، ثمَّ عَلِم أنَّه صبيٌّ أو مجنونٌ أو محجورٌ له خيارُ الفَسخِ؛ لأنَّه دخل في العقدِ على أنَّ حُقوقَهُ تتعلَّقُ بالعاقد، فإذا ظَهَر خِلافُهُ يتخيَّرُ كما إذا عَثَرَ على عيب.

قال: (والعَقدُ الذي يَعقِدُهُ الوُكلاءُ على ضَرْبَينِ):

- (كلُّ عقدٍ يُضيفُهُ الوكيلُ إلى نفسِهِ[2] كالبيعِ والإجارةِ، فَحقُوقُهُ تتعلَّقُ بالوكيلِ دونَ المُوكِّلِ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: تتعلَّق بالموكِّل؛ لأنَّ الحقوقَ تابعةٌ لِحُكمِ التَّصرُّف، والحُكمُ - وهو المِلكُ - يَتعلَّقُ بالموكِّل، فكذا تَوابِعُهُ، وصار كالرَّسولِ[4]

---

(١) أي: فتلزمُ العُهدةُ المُوكِّلَ؛ لأنَّه أقربُ النَّاسِ إليهما، حيث انتَفَعَ بتصرُّفِهما ...

(٢) أي: تصحُّ إضافتُهُ إلى نفسِهِ ويَستغني عن إضافتِهِ إلى المُوكِّل.

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ٥٥٥) وما بعدها، الكتب العلمية: العُهدةُ في الوكالة، وفيها مسائل: إحداها: الوكيلُ بالشِّراء إذا اشترى لِمُوكِّله ما وكَّله في شرائه فلمن يقعُ المِلك؟ الصَّحيح: أنَّه يقع أولاً للمُوكِّل، كما لو اشترى الأب للطِّفل، فإنَّه يقع للطِّفل ابتداءً، ولأنَّه لو وقع للوكيل لعتق عليه أبوه إذا اشتراه لموكِّله، فلا يعتق قطعاً.
الثانية: أحكام العقدِ في البيع والشراء، تتعلَّق بالوكيل دون المُوكِّل، حتَّى تُعتَبَرُ رؤيةُ الوكيل للمبيع دون الموكِّل، وتلزمُ بمفارقة الوكيل المجلس دون الموكِّل، وكذا تسليمُ رأس المال في السَّلم والتقابضُ حيث يشترط، يُعتَبَران قبلَ مفارقة الوكيل. والفسخُ بخيارِ المجلس وخيارِ الرُّؤية إن أثبتناه يثبت للوكيل دون الموكِّل، حتَّى لو أراد الموكِّلُ الإجازة، كان للوكيل الفسخ، ذكره في التتمة. اهـ انظر تتمَّته فإنَّ فيه ما له علاقةٌ بمسألتنا.

(٤) كأن يقول رجلٌ لآخر: «كُنْ رسولي في بيعِ عبدي» وحقوقُ العقدِ لا تتعلَّق بالرَّسول بلا خلاف.

يُسلِّمُ المَبيعَ ويَقبِضُ الثَّمنَ ويُطالَبُ بالثَّمَنِ إذا اشتَرَى، ويَقبِضُ المَبيعَ ويُخاصِمُ في العَيبِ ويُخاصَمُ فيه. وكُلُّ عَقدٍ يُضِيفُهُ إلى مُوكِّلِهِ، كالنِّكاحِ والخُلْعِ والصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ، فإنَّ حقوقَهُ تَتَعلَّقُ بِالمُوكِّلِ دونَ الوكيلِ، فلا يُطالَبُ وَكيلُ الزَّوجِ بِالمَهرِ، ولا يَلزَمُ وَكيلَ المَرأةِ تَسليمُها. ....

والوكيلِ بالنِّكاح[1].

ولنا: أنَّ الوكيلَ هو العاقدُ حقيقةً؛ لأنَّ العقدَ يقومُ بالكلام، وصحَّةُ عبارتِهِ لكونه آدمياً، وكذا حُكماً؛ لأنَّه يَستغني عن إضافةِ العقدِ إلى المُوكِّل، ولو كان سفيراً عنه لَما استَغنَى عن ذلك كالرَّسول، وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوقِ، فتتعلَّقُ به، ولهذا[2] قال في الكتاب: (يُسلِّمَ المَبيعَ ويَقبِضُ الثَّمنَ ويُطالَبُ بالثَّمَنِ إذا اشتَرَى، ويَقبِضُ المَبيعَ ويُخاصِمُ في العَيبِ ويُخاصَمُ فيه)؛ لأنَّ كلَّ ذلك من الحقوق.

والمِلكُ يَثبُتُ للمُوكِّل خِلافةً عنه اعتباراً للتَّوكيلِ السَّابقِ[3]، كالعبد يَتَّهِبُ ويَصطادُ[4]، هو الصَّحيح.

قال العبدُ الضَّعيفُ: وفي مسألةِ العيبِ تفصيلٌ نذكُرُهُ إن شاء الله تعالى.

- قال: (وكُلُّ عَقدٍ يُضِيفُهُ إلى مُوكِّلِهِ، كالنِّكاحِ والخُلْعِ والصُّلحِ عن دَمِ العَمدِ، فإنَّ حقوقَهُ تَتَعلَّقُ بِالمُوكِّلِ دونَ الوكيلِ، فلا يُطالَبُ وَكيلُ الزَّوجِ بِالمَهرِ، ولا يَلزَمُ وَكيلَ المَرأةِ تَسليمُها)؛ لأنَّ الوكيلَ فيها سفيرٌ مَحضٌ[5]؛ ألا يُرَى أنَّه لا يُستغنَى

---

(١) فإنَّ حقوقَ عقد النِّكاحِ تتعلَّق بالموكِّل اتِّفاقاً.

(٢) أي: فلأجل كونِ الوكيلِ أصيلاً في الحقوق.

(٣) جوابٌ عمَّا قاله الشَّافعيُّ: إنَّ الحقوقَ تابعةٌ لِحُكم التَّصرُّف، والحُكمُ يتعلَّقُ بالموكِّل، فكذا توابعه. تقريره: أنَّ المِلكَ يَثبُتُ للموكِّل ابتداءً، لكن لا أصالةً حتَّى يثبتُ له توابِعُهُ أيضاً، بل خِلافةً عن الوكيل، ومعنى «الخِلافة» أن يَثبُتَ المِلكُ للمُوكِّل ابتداءً، وينعقِدُ السَّبب مُوجِباً حُكمَهُ للوكيل، فكان المُوكِّلُ قائماً مقامَ الوكيل في ثُبوتِ المِلك. عناية.

(٤) فإنَّه إذا اتَّهب - أي: قَبِل الهبةَ - واصطادَ، يَثبُتُ المِلكُ للمولى ابتداءً خِلافةً عن العبد.

(٥) أي: مُعبِّرٌ مَحضٌ حاكٍ قولَ المُوكِّلِ، ومَن حكى قولَ الغيرِ لا يَلزَمُهُ حُكمُ قولِ ذلك الغير. فتح.

عن إضافةِ العقدِ إلى المُوكِّل، ولو أضافَهُ إلى نفسِهِ كان النِّكاحُ له فصارَ كالرَّسول، وهذا[١] لأنَّ الحكمَ فيها لا يَقبَلُ الفَصلَ عن السَّببِ[٢]؛ لأنَّه إسقاطٌ فَيتلاشى، فلا يُتصوَّر صُدورُهُ من شَخصٍ وثُبوتُ حُكمِهِ لغيره، فكان سفيراً.

والضَّربُ الثَّاني[٣] من أخواتِهِ[٤] العِتقُ على مالٍ والكتابةُ والصُّلحُ على الإنكار.

فأمَّا الصُّلحُ الذي هو جارٍ مَجرَى البيعِ فهو من الضَّربِ الأوَّل[٥].

والوكيلُ بالهبةِ والتَّصدُّقِ والإعارةِ والإيداعِ والرَّهنِ والإقراضِ سفيرٌ أيضاً[٦]؛ لأنَّ الحكمَ فيها يَثبُتُ بالقبضِ[٧]، وأنَّه[٨] يُلاقي مَحلاً مَملوكاً للغير[٩]، فلا يُجعَل[١٠] أصيلاً.

---

(١) يعني: كونُ الحقوقِ في هذه العقودِ متعلِّقةً بالمُوكِّل دونَ الوكيل.

(٢) وهو العقد، ولهذا لا يدخلُ فيها خيار الشَّرطِ؛ إذ الخيارُ يدخلُ على الحكم فيوجبُ تراخيهِ عن السَّببِ، وهذه العقودُ لا تقبلُ ذلك.

(٣) وهو كلُّ عقدٍ يُضيفُهُ الوكيلُ إلى مُوكِّلِه.

(٤) أي: من أفراده التي بينهنَّ أخوَّةٌ، أي: مشاركةٌ في الحكم.

(٥) أراد بالصُّلح الذي هو جارٍ مَجرى البيعِ الصُّلحَ عن إقرار فيما إذا كان عن مال بمال، فإنَّه مبادلةُ مالٍ بمالٍ فكان بمنزلة البيع، وأمَّا إذا كان الصُّلحُ عن دمِ العمدِ، أو كان على بعضِ ما يدَّعيه من الدَّين، فهو من الضَّربِ الثَّاني وإن كان عن إقرار؛ لأنَّه إسقاطٌ محضٌ، فكان الوكيلُ فيه سفيراً مَحضاً، كما صرَّح به المصنِّف رحمه الله في باب التَّبرُّع بالصُّلحِ والتَّوكيلِ من كتاب الصلح. فتح.

(٦) وتفسير هذا ما ذكره في الإيضاح حيث قال: ولو وكَّلَ وكيلاً بأن يَهَبَ عبدَهُ لفلان، أو يَتصدَّقَ به عليه، أو يُعيرَهُ إيَّاه، أو يُودِعَه، أو يَرْهَنَه، فقَبَضَ الوكيلُ وفعَلَ ما أمرَهُ، فهو جائزٌ على المُوكِّل، وليس للوكيل المطالبةُ بردِّ شيءٍ من ذلك إلى يده، ولا أن يَقبِضَ الوديعةَ والعاريَّةَ ولا الرَّهنَ ولا القرضَ مِمَّن عليه؛ لأنَّ أحكامَ هذه العقودِ إنَّما تثبتُ بالقبضِ، فلا يجوزُ أن يكونَ الوكيلُ فيه أصيلاً؛ لأنَّه أجنبيٌّ عن المحلِّ الذي يلاقيه القبضُ، فكان سفيراً ومعبِّراً عن المالك. فتح.

(٧) أي: بِقَبضِ الموهوبِ له والمُتصَدَّق عليه ونظائرهما.

(٨) أي: القبض.

(٩) وهو الموكِّل.

(١٠) أي: الوكيل.

وإذا طالَبَ المُوكِّلُ المُشتري بالثَّمَنِ، فَلَهُ أنْ يَمْنَعَهُ إيَّاهُ، فإنْ دَفَعَهُ إليه جازَ، ولم يكنْ لِلوَكيلِ أنْ يُطالِبَهُ به ثانياً.

وكذا[١] إذا كان الوكيلُ من جانب المُلتمِس[٢]، وكذا الشَّركةُ والمُضارَبةُ[٣]، إلَّا أنَّ التَّوكيلَ بالاستقراضِ باطلٌ حتَّى لا يَثبُتُ المِلكُ للموكِّل، بخلاف الرِّسالة فيه[٤].

قال: (وإذا طالَبَ المُوكِّلُ المُشتري بالثَّمَنِ، فَلَهُ أنْ يَمْنَعَهُ إيَّاهُ)؛ لأنَّه أجنبيٌّ عن العقدِ وحُقوقِهِ؛ لِما أنَّ الحقوقَ إلى العاقد، (فإنْ دَفَعَهُ إليه جازَ، ولم يكنْ لِلوَكيلِ أنْ يُطالِبَهُ به ثانياً)؛ لأنَّ نفسَ الثَّمنِ المقبوضِ حقُّهُ وقد وَصَلَ إليه، ولا فائدةَ في الأخذِ منه[٥] ثمَّ الدَّفعُ إليه[٦].

ولهذا[٧] لو كان للمشتري على المُوكِّلِ دَينٌ يقعُ المُقاصَّةُ، ولو كان له عليهما دينٌ يقعُ المُقاصَّةُ بدَينِ المُوكِّلِ أيضاً دونَ دَينِ الوكيلِ، وبِدَينِ الوكيلِ إذا كان وَحْدَه يقعُ المُقاصَّةُ عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَااللَّهُ؛ لِما أنَّه[٨] يَملِكُ الإبراءَ عنه[٩] عندهما، ولكنَّه يَضمَنُه للموكِّل في الفصلين[١٠].

---

(١) يعني: يكون الوكيلُ سفيراً.

(٢) يعني: إذا كان الوكيلُ من جانبِ المُلتمِس للتَّصرُّفات المذكورة، بأن وكَّلَه بالاستيهابِ أو الاستعارةِ أو الارتهانِ أو غير ذلك، يكون الوكيلُ سفيراً أيضاً، فيتعلَّقُ الحكمُ والحقوقُ كلُّها بالموكِّل دون الوكيل؛ لأنَّه يُضيفُ العقدَ إلى موكِّله. فتح.

(٣) يعني: إذا وَكَّل بِعقدِ الشَّركةِ أو المضاربةِ، يكون الوكيلُ سفيراً أيضاً، وتتعلَّقُ حقوقُ العقدِ بالموكِّل دونَ الوكيل، إذ لا بدَّ له من إضافةِ العقدِ إلى مُوكِّله، حتَّى لو أضافه إلى نفسِهِ يقعُ عنه لا عن مُوكِّلِه. فتح.

(٤) فإنَّ الرِّسالةَ فيه تصحُّ بأن يقول: «أرسلني فلانٌ إليك يستقرضُ منك» ويثبتُ الملك للمستقرض. بناية.

(٥) أي: من الموكِّل.

(٦) أي: إلى الوكيل.

(٧) أي: ولكون نفسِ الثَّمنِ المَقبوضِ حقَّ المُوكِّل.

(٨) أي: الوكيل.

(٩) أي: إبراء المشتري عن الثَّمن.

(١٠) أي: في فصلِ الإبراء وفصلِ المُقاصَّة.

باب الوكالة في البيع والشّراء

فصل في الشِّراء

ومَنْ وَكَّلَ رَجلاً بِشِراءِ شيءٍ، فلا بدَّ من تَسميةِ جِنسِهِ وصِفَتِهِ، أو جنسِهِ ومَبلَغِ ثَمَنِهِ إلّا أنْ يُوكِّلَهُ وَكالةً عامَّةً فيقول: «اِبتَعْ لي ما رأيتَ». ثمَّ إنْ كانَ اللَّفظُ يَجمَعُ أجناساً، أو ما هو في معنى الأجناس، ....

(باب الوكالة في البيع والشِّراء)

(فصل في الشِّراء)

قال: (ومَنْ وَكَّلَ رَجلاً بِشِراءِ شيءٍ، فلا بدَّ من تَسميةِ جِنسِهِ[1] وصِفَتِهِ[2]، أو جنسِهِ ومَبلَغِ ثَمَنِهِ)؛ ليصيرَ الفعلُ الموكَّلُ به معلوماً، فَيُمكِنَهُ الائتمارُ، (إلّا أنْ يُوكِّلَهُ وَكالةً عامَّةً فيقول: «اِبتَعْ لي ما رأيتَ»)؛ لأنَّه فوَّضَ الأمرَ إلى رأيه، فأيُّ شيءٍ يَشتريهِ يكونُ مُمتثِلاً.

والأصلُ فيه[3]: أنَّ الجهالةَ اليسيرةَ تُتحمَّلُ في الوكالة، كجهالةِ الوَصفِ استحساناً؛ لأنَّ مَبنى التَّوكيلِ على التَّوسعةِ؛ لأنَّه استعانةٌ، وفي اعتبارِ هذا الشَّرطِ[4] بعضُ الحَرَجِ، وهو مدفوع.

(ثمَّ إنْ كانَ اللَّفظُ[5] يَجمَعُ أجناساً[6]، أو ما هو في معنى الأجناس[7]، ......

---

(١) كالعبد والجارية، فإنَّ العبدَ جنسٌ عند أهلِ الشَّرعِ، وكذا الجاريةُ باعتبارِ اختلافِ الأحكام. فتح.

(٢) أي: نوعه. فتح.

(٣) أي: في هذا الباب.

(٤) يعني: اشتراطَ بيانِ الوصفِ، أو اشتراطَ عدمِ الجهالةِ اليسيرةِ. فتح.

(٥) أي: لفظُ الموكِّلِ.

(٦) كالدَّابَّة والثَّوب.

(٧) كالدَّار والرَّقيق.

لا يَصِحُّ التَّوكيلُ وإنْ بَيَّنَ الثَّمنَ. وإنْ كان جنساً يَجمَعُ أنواعاً لا يَصِحُّ إلَّا بِبيانِ الثَّمنِ أو النَّوعِ. وفي الجامع الصَّغير: ومَنْ قال لآخَرَ: «اشتَرِ لي ثوباً أو دابَّةً أو داراً» فالوَكالةُ باطِلَةٌ، ....

لا يَصِحُّ التَّوكيلُ وإنْ بَيَّنَ الثَّمنَ)؛ لأنَّ بذلك الثَّمنِ يُوجَدُ من كلِّ جنس، فلا يُدرَى مرادُ الآمرِ لِتَفاحُشِ الجَهالةِ.

(وإنْ كان جنساً يَجمَعُ أنواعاً[١] لا يَصِحُّ إلَّا بِبيانِ الثَّمنِ أو النَّوعِ)؛ لأنَّه بتقديرِ الثَّمنِ يصيرُ النَّوعُ معلوماً، وبذكرِ النَّوعِ تَقِلُّ الجهالةُ، فلا تمنعُ الامتثالَ.

مثاله: إذا وكَّلَه بشراءِ عبدٍ أو جاريةٍ لا يصحُّ؛ لأنَّه يشمَلُ أنواعاً، فإن بيَّنَ النَّوعَ كالتُّركيِّ والحبشيِّ أو الهنديِّ أو السِّنديِّ أو المُولَّدِ[٢] جاز، وكذا إذا بيَّنَ الثَّمنَ لِما ذكرناه[٣].

ولو بيَّنَ النَّوعَ أو الثَّمنَ ولم يُبيِّنِ الصِّفةَ والجَودَةَ والرَّداءةَ والسِّطَةَ[٤] جاز؛ لأنَّه جهالةٌ مُستدرَكَةٌ.

ومرادُهُ من الصِّفةِ المذكورةِ في الكتاب النَّوعُ.

(وفي الجامع الصَّغير: ومَنْ قال لآخَرَ: «اشتَرِ لي ثوباً أو دابَّةً أو داراً» فالوَكالةُ باطِلَةٌ)؛ للجهالة الفاحشةِ، فإنَّ الدَّابَّةَ في حقيقةِ اللُّغةِ اسمٌ لِما يَدُبُّ على وجهِ الأرض. وفي العُرفِ يُطلَقُ على الخيل والحمارِ والبغلِ، فقد جَمَعَ أجناساً، وكذا الثَّوبُ؛ لأنَّه يتناول المَلبوسَ من الأطلس إلى الكساء[٥]، ولهذا لا يصحُّ تسميتُهُ مهراً.

---

(١) كالعبد والأمة.

(٢) «المولَّد» هو الذي وُلد في بلاد الإسلام، كذا في المغرب.

(٣) أراد به قوله: «لأنَّ بتقدير الثَّمن يصيرُ النَّوعُ معلوماً».

(٤) أي: الوسط، وأصله «وسط» حذفت الواو منه كما في عِدَة وعِظَة، وعوِّضت التَّاءُ في آخرها عن الواو. بناية.

(٥) أي: من الأعلى إلى الأدنى، فكانت الجهالةُ فيه أيضاً فاحشةً. فتح.

وإنْ سَمَّى ثَمَنَ الدَّارِ ووَصَفَ جِنسَ الدَّارِ والثَّوبِ جاز. ومَنْ دَفَعَ إلى آخَرَ دراهِمَ وقال: «اشتَرِ لي بها طعاماً» فهو على الحِنطَةِ ودَقيقِها. وإذا اشترى الوكيلُ وقَبَضَ، ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ، فلَهُ أنْ يَرُدَّهُ بالعَيبِ ما دامَ المَبيعُ في يَدِهِ، فإنْ سَلَّمَهُ إلى المُوكِّلِ لم يَرُدَّهُ إلَّا بإذنِهِ. ....

وكذا الدَّارُ تشمَلُ ما هو في معنى الأجناس؛ لأنَّها تختلفُ اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراضِ والجيرانِ والمرافقِ والمَحالِّ والبُلدانِ، فيتعذَّرُ الامتثال.

قال: (وإنْ سَمَّى ثَمَنَ الدَّارِ ووَصَفَ جِنسَ الدَّارِ والثَّوبِ جاز)، معناه: نوعه. وكذا إذا سمَّى نوعَ الدَّابَّةِ، بأنْ قال: حماراً أو نحوه.

قال: (ومَنْ دَفَعَ إلى آخَرَ دراهِمَ وقال: «اشتَرِ لي بها طعاماً» فهو على الحِنطَةِ ودَقيقِها) استحساناً. والقياسُ أن يكون على كلِّ مَطعومٍ اعتباراً للحقيقة، كما في اليمين على الأكل، إذِ الطَّعامُ اسمٌ لِما يُطعَم.

وجهُ الاستحسان: أنَّ العُرفَ أملَكُ[1]، وهو على ما ذكرناه إذا ذُكِرَ مَقروناً بالبيعِ والشِّراء، ولا عُرفَ في الأكل، فبقي على الوَضْع[2]. وقيل: إنْ كَثُرت الدَّراهم فعَلَى الحنطةِ، وإن قلَّتْ فعلى الخُبز، وإن كان فيما بين ذلك فعَلَى الدَّقيق.

قال: (وإذا اشترى الوكيلُ وقَبَضَ، ثمَّ اطَّلَعَ على عَيبٍ، فلَهُ أنْ يَرُدَّهُ بالعَيبِ ما دامَ المَبيعُ في يَدِهِ)؛ لأنَّه من حُقوقِ العَقدِ، وهي كُلُّها إليه. (فإنْ سَلَّمَهُ إلى المُوكِّلِ لم يَرُدَّهُ إلَّا بإذنِهِ)؛ لأنَّه انتهى حكمُ الوكالةِ، ولأنَّ فيه إبطالَ يدِهِ الحقيقيَّة، فلا يتمكَّنُ منه إلَّا بإذنه، ولهذا[3] كان خَصماً لِمَن يدَّعي في المشترى دعوى - كالشَّفيع وغيره - قبل التَّسليم إلى المُوكِّل، لا بعده.

---

(١) أي: أقوى وأرجَحُ بالاعتبارِ من الحقيقة. فتح.

(٢) أي: فبقي الطَّعامُ في حقِّ الأكل على الوَضْع والحقيقة، ولهذا يَحنَثُ في اليمين على الأكل بأكلِ أيِّ مَطعوم كان. فتح.

(٣) أي: ولأجلِ كونِ الحقوقِ كلِّها ترجع إلى الوكيل.

ويَجُوزُ التَّوكيلُ بِعَقدِ الصَّرفِ والسَّلَمِ، فإنْ فارَقَ الوكيلُ صاحِبَهُ قَبْلَ القَبضِ بَطَلَ العَقدُ، ولا يُعتَبَرُ مُفارَقةُ المُوكِّلِ. ....

قال: (ويَجُوزُ التَّوكيلُ بِعَقدِ الصَّرفِ والسَّلَم)؛ لأنَّه عقدٌ يَملِكُه بنفسِهِ، فيملكُ التَّوكيلَ به دفعاً للحاجةِ على ما مرَّ[١]. ومرادُهُ التَّوكيلُ بالإسلام[٢] دونَ قَبولِ السَّلَم؛ لأنَّ ذلك لا يجوز، فإنَّ الوكيلَ[٣] يَبيعُ طعاماً في ذمَّته على أن يكونَ الثَّمنُ لغيره، وهذا لا يجوز[٤].

(فإنْ فارَقَ الوكيلُ صاحِبَهُ قَبْلَ القَبضِ[٥] بَطَلَ العَقدُ)؛ لوجودِ الافتراقِ من غيرِ قَبضٍ[٦]، (ولا يُعتَبَرُ مُفارَقةُ المُوكِّلِ)؛ لأنَّه ليس بعاقدٍ، والمُستَحَقُّ بالعقدِ قَبضُ العاقدِ، وهو الوكيلُ، فيصحُّ قبضُهُ وإن كان لا يتعلَّق به الحقوقُ، كالصَّبيِّ والعبدِ المَحجور عليه، بخلاف الرَّسول؛ لأنَّ الرِّسالةَ في العَقدِ لا في القبضِ، ويَنتقِلُ كلامُهُ[٧] إلى المُرسِلِ، فصار قبضُ الرَّسولِ قبضَ غيرِ العاقدِ، فلم يصحَّ.

---

(١) في أوَّل كتابِ الوكالةِ، وهو قوله: «كلُّ عقدٍ جازَ أن يَعقِدَه الإنسانُ بنفسِهِ جاز أن يُوكِّل به غيره».

(٢) أي: مرادُ القُدُوري بالتَّوكيل بِعَقدِ السَّلَم التَّوكيلُ بالإسلام، وهو توكيلُ ربِّ السَّلَم غيرَهُ بأن يَعقِدَ عقدَ السَّلَم. ولفظُ الإسلامِ إنَّما يُستعمَلُ من جانبِ ربِّ السَّلَم، يقال: «أسلم في كذا» إذا اشترى شيئاً بالسَّلم. فتح.

(٣) التَّقدير: فإنَّ الوكيلَ في قَبول السَّلَم.

(٤) لأنَّ مَن باع مِلكَ نفسِهِ من الأعيان على أن يكونَ الثَّمنُ لغيره لا يجوز، فكذلك في الدُّيون، نصَّ على ذلك محمد في باب الوكالة بالسَّلَم من البيوع.

(٥) أي: إنْ فارقَ الوكيلُ بعَقدِ الصَّرفِ والسَّلَم صاحبَهُ الذي عقدَ معَهُ قبلَ القَبضِ بطل العقد. فتح.

(٦) وذلك لأنَّ من شرط الصَّرفِ والسَّلَمِ قبضُ البدلِ في المجلس، فإن حصل الافتراقُ من غير قبض، لم يوجد الشرطُ، فيبطل العقد.

(٧) أي: ينتقل كلامُ الرَّسولِ في العقدِ.

وإذا دَفَعَ الوكيلُ بالشِّراءِ الثَّمَنَ من مالِهِ، وقَبَضَ المَبِيعَ، فَلَهُ أنْ يَرجِعَ بِهِ على المُوكِّلِ، فإنْ هَلَكَ المبيعُ في يَدِهِ قبلَ حَبْسِهِ، هَلَكَ من مالِ المُوكِّل، ولم يَسقُطِ الثَّمَنُ. ولَهُ أنْ يَحبِسَهُ حتَّى يَستوفِيَ الثَّمَنَ، فإنْ حَبَسَهُ فهَلَكَ كان مضموناً ضَمانَ الرَّهنِ عند أبي يوسف، ....

قال: (وإذا دَفَعَ الوكيلُ بالشِّراءِ الثَّمَنَ من مالِهِ، وقَبَضَ المَبِيعَ، فَلَهُ أنْ يَرجِعَ بِهِ على المُوكِّلِ)؛ لأنَّه انعقدت بينهما مبادلةٌ حكميَّةٌ[1].

ولهذا[2] إذا اختلفا في الثَّمن يتحالفان، ويَردُّ المُوكِّلُ بالعيبِ على الوكيل وقد سُلِّم المُشتَرَى للموكِّل من جهة الوكيل، فيرجع عليه. ولأنَّ الحقوقَ لمَّا كانت راجعةً إليه وقد عَلِمَه الموكِّل، يكون راضياً بِدَفعِهِ من ماله.

(فإنْ هَلَكَ المبيعُ في يَدِهِ قبلَ حَبْسِهِ، هَلَكَ من مالِ المُوكِّل، ولم يَسقُطِ الثَّمَنُ)؛ لأنَّ يده كيدِ المُوكِّل، فإذا لم يَحبِسْه يصيرُ المُوكِّلُ قابضاً بيده.

(ولَهُ أنْ يَحبِسَهُ حتَّى يَستوفِيَ الثَّمَنَ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّه بمنزلة البائع من الموكِّلِ. وقال زفر: ليس له ذلك؛ لأنَّ الموكِّلَ صارَ قابضاً بيدِهِ، فكأنَّه سلَّمَه إليه، فيسقطُ حقُّ الحَبسِ.

قلنا: هذا[3] لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، فلا يكونُ راضياً بسقوطِ حقِّهِ في الحبسِ، على أنَّ قَبْضَهُ موقوفٌ[4]، فيقعُ للمُوكِّل إنْ لم يَحبِسْه، ولِنفسِهِ عند حَبسِهِ.

(فإنْ حَبَسَهُ فهَلَكَ كان مضموناً ضَمانَ الرَّهنِ[5] عند أبي يوسف، ....

---

(١) أي: بيعٌ حكميٌّ، فصار الوكيلُ كالبائع من الموكِّل. فتح.

(٢) أي: ولأجل انعقاد المبادلة الحكميَّةِ بينهما في هذه الصُّورة.

(٣) أي: هذا القبض.

(٤) أي: متردِّدٌ بينَ أن يكون لِتَتميمِ مَقصودِ المُوكِّل، وبين أن يكونَ لإحياء حقِّ نفسِهِ، وإنَّما يتبيَّنُ أحدُهما عن الآخر بحَبسِهِ. فتح.

(٥) يعني: يُعتَبَر الأقلُّ من قيمتِهِ ومن الدَّين، فإذا كان الثَّمنُ خمسةَ عشَرَ مثلاً وقيمةُ المَبيعِ عشرةٌ، رَجَعَ =

وضَمانَ المَبيعِ عند محمَّدٍ. وإذا وَكَّلَهُ بِشراءِ عَشَرَةِ أرطالِ لَحمٍ بِدرهمٍ، فاشتَرَى عِشرينَ رِطلاً بِدرهمٍ من لَحمٍ يُباعُ منه عَشَرَةُ أرطالٍ بِدرهمٍ، لَزِمَ المُوكِّلَ منه عَشَرَةٌ بنصفِ درهمٍ عند أبي حنيفة، وقالا: يَلزَمُهُ العِشرونَ بِدرهمٍ، ....

وضَمانَ المَبيعِ[1] عند محمَّدٍ) وهو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وضمانَ الغَصبِ[2] عند زفر رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّه منعٌ بغيرِ حقٍّ.

لهما: أنَّه بمنزلة البائع منه، فكان حبسُهُ لاستيفاء الثَّمنِ، فيسقطُ بهلاكِهِ.

ولأبي يوسف: أنَّه مضمونٌ بالحَبسِ للاستيفاء بعدَ أن لم يكن[3]، وهو الرَّهنُ بِعَينِهِ، بخلاف المبيع؛ لأنَّ البيعَ يَنفسِخُ بهلاكِهِ، وها هنا لا ينفسخُ أصلُ العقد.

قلنا: ينفسخُ في حقِّ الموكِّلِ والوكيلِ، كما إذا ردَّه الموكِّلُ بعيبٍ ورضي الوكيلُ به.

(قال: وإذا وَكَّلَهُ بِشراءِ عَشَرَةِ أرطالِ لَحم بِدرهم، فاشتَرَى عِشرينَ رِطلاً بِدرهمٍ من لَحمٍ يُباعُ منه عَشَرَةُ أرطالٍ بِدرهمٍ، لَزِمَ المُوكِّلَ منه عَشَرَةٌ بنصفِ درهمٍ عند أبي حنيفة، وقالا: يَلزَمُهُ العِشرونَ بِدرهمٍ)، وذُكِر في بعض النُّسخ قولُ محمدٍ مع قول أبي حنيفة، ومحمَّدٌ لم يَذكرِ الخلافَ في الأصل.

لأبي يوسف: أنَّه أمرَهُ بصَرْفِ الدِّرهم في اللَّحم، وظَنَّ أنَّ سِعرَهُ عشرةُ أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زادَهُ خيراً، وصار كما إذا وكَّله بِبَيعِ عبدِهِ بألفٍ فباعه بألفين.

= الوكيلُ على المُوكِّل بخمسة.

(١) يعني: يسقطُ به الثَّمنُ قليلاً كان أو كثيراً.

(٢) يعني: يجب مِثلُه أو قيمتُهُ بالغةً ما بلغت.

(٣) أي: بعد أن لم يكن مضموناً؛ لأنَّه لم يكن مضموناً قبلَ الحبسِ، وصار مضموناً بعد الحبس. فتح.

ولو وَكَّلَهُ بِشراءِ شيءٍ بِعَينِهِ فليسَ له أنْ يَشتريَهُ لِنَفسِهِ. وإنْ وَكَّلَهُ بِشراءِ عَبدٍ بِغَيرِ عَينِهِ، فاشترى عبداً، فهو للوكيل إلَّا أنْ يقولَ: «نويتُ الشِّراءَ لِلمُوكِّل»، أو يَشترِيَهُ بمالِ المُوكِّلِ. ....

ولأبي حنيفة: أمرَهُ بشراء عشَرَةِ أرطالٍ، ولم يأمرْهُ بشراءِ الزِّيادةِ، فينفُذُ شراؤها عليه وشراءُ العشَرَةِ على الموكِّلِ، بخلاف ما استَشْهَدَ به؛ لأنَّ الزِّيادة هناك بدلُ مِلكِ المُوكِّل فيكون له، بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم، حيث يصيرُ مُشترياً لنفسِهِ بالإجماع؛ لأنَّ الأمرَ يتناولُ السَّمينَ، وهذا مهزولٌ، فلم يَحصُلْ مقصودُ الآمر.

قال: (ولو وَكَّلَهُ بِشراءِ شيءٍ بِعَينِهِ فليسَ له أنْ يَشتريَهُ لِنَفسِهِ)؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى تَغريرِ الآمِرِ حيثُ اعتمَدَ عليه، ولأنَّ فيه عَزْلَ نفسِهِ ولا يَملِكُه - على ما قيل - إلَّا بِمَحضَرٍ من المُوكِّل.

فلو كان الثَّمنُ مُسمَّى فاشترى بخلافِ جنسِهِ[1]، أو لم يكن مُسمَّىً فاشترى بغير النُّقود[2]، أو وَكَّلَ وكيلاً بِشرائه، فاشترى الثَّاني وهو[3] غائبٌ، يَثبُتُ المِلكُ للوكيل الأوَّل في هذه الوجوه؛ لأنَّه خالَفَ أمرَ الآمِرِ، فينفُذُ عليه. ولو اشترى الثَّاني بِحَضرةِ الوكيل الأوَّل، نفَذَ على المُوكِّلِ الأوَّل؛ لأنَّه حضَرَهُ رأيُهُ فلم يكن مخالفاً.

قال: (وإنْ وَكَّلَهُ بِشراءِ عَبدٍ بِغَيرِ عَينِهِ، فاشترى عبداً، فهو للوكيل إلَّا أنْ يقولَ: «نويتُ الشِّراءَ لِلمُوكِّل»، أو يَشترِيَهُ بمالِ المُوكِّلِ)، قال رضي الله عنه: هذه المسألةُ على وجوه:

---

(١) بأن سمَّى دراهم مثلاً فاشترى بدنانير.

(٢) كالمكيل والموزون.

(٣) أي: الوكيل الأول.

- إنْ أضافَ العقدَ إلى دراهم الآمِرِ كان للآمِرِ، وهو المرادُ عندي بقوله: «أو يَشتريه بمالِ المُوكِّلِ» دونَ النَّقدِ من ماله[1]؛ لأنَّ فيه[2] تفصيلاً[3] وخلافاً[4]، وهذا[5] بالإجماع، وهو[6] مُطلَق.

- وإنْ أضافَهُ إلى دراهمِ نفسِهِ كان لنفسِهِ حَملاً لحاله على ما يَحِلُّ له شرعاً أو يَفعلُهُ عادةً، إذِ الشِّراءُ لنفسِهِ بإضافةِ العَقدِ إلى دراهمِ غيرِهِ مُستنكَرٌ شرعاً وعرفاً.

- وإنْ أضافَهُ إلى دراهمَ مُطلقَةٍ، فإنْ نواها للآمِرِ فهو للآمر، وإنْ نواها لنفسِهِ فلنفسِهِ؛ لأنَّ له أن يَعمَلَ لنفسِهِ ويعمَلَ للآمِرِ في هذا التَّوكيلِ، وإن تكاذبا في النِّيةِ يُحكَّمُ النَّقدُ بالإجماع؛ لأنَّه دلالةٌ ظاهرةٌ على ما ذكرنا، وإن تَوافَقا على أنَّه لم تَحضُرْه النِّيَّةُ:

قال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو للعاقد؛ لأنَّ الأصل أنَّ كلَّ أحدٍ يَعمَلُ لنفسِهِ، إلَّا إذا ثبَتَ جَعْلُه لغيره، ولم يثبت.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُحكَّمُ النَّقدُ؛ لأنَّ ما أوقَعَهُ مطلَقاً يَحتمِلُ الوجهين فيبقى موقوفاً، فَمِن أيِّ المالين نَقَدَ فَقَدْ فعَلَ ذلك المُحتَمَل لصاحبه، ولأنَّ مع تَصادُقِهِما يَحتمِلُ النِّيَّة للآمِرِ، وفيما قلناه[7] حَمْلُ حالِهِ على الصَّلاح[8] كما في حالة التَّكاذب.

---

(1) أي: دونَ النَّقدِ من مال الموكِّل بغير إضافة إليه.
(2) أي: في النَّقد من مالِ الموكِّلِ.
(3) فإنَّه بعد أن يشتريَهُ بدراهمَ مُطلَقةٍ، إنْ نقَدَ من دراهمِ المُوكِّل كان الشِّراءُ للموكِّل، وإنْ نقَدَ من دراهم الوكيلِ كان الشِّراءُ للوكيل.
(4) فإنَّه إذا تَصادَقا على أنَّه لم تَحضُرُه النِّيَّةُ وقتَ الشِّراءِ، فعلى قولِ محمدٍ: العقدُ للوكيل، وعلى قول أبي يوسف: يُحكَّم النَّقدُ على ما سيجيء. فتح.
(5) أي: إضافةُ العقدِ إلى دراهم الآمر، تُصيِّرُ العقدَ له بالإجماع.
(6) أي: قوله: «أو يشتريه بمال المُوكِّل» مُطلَقٌ لا تفصيلَ فيه، فَيُحمل على الإضافة إلى مالِ المُوكِّل. فتح.
(7) أي: من تحكيم النَّقد.
(8) وهو أن لا يكون الوكيلُ غاصباً على تقدير النَّقد من مال الآمر. بناية.

ومَنْ أمَرَ رجلاً بِشراءِ عبدٍ بألفٍ، فقال: «قد فعلتُ وماتَ عندي»، وقال الآمِرُ: «اشتريتَهُ لِنَفسِكَ»، فالقَولُ قَولُ الآمِرِ، فإنْ كانَ دَفَعَ إليه الألفَ فالقولُ قولُ المأمورِ. ....

والتَّوكيلُ بالإسلام في الطَّعام على هذه الوجوه[1].

قال: (ومَنْ أمَرَ رجلاً بِشراءِ عبدٍ بألفٍ، فقال: «قد فعلتُ وماتَ عندي»، وقال الآمِرُ: «اشتريتَهُ لِنَفسِكَ»، فالقَولُ قَولُ الآمِرِ، فإنْ كانَ دَفَعَ إليه الألفَ فالقولُ قولُ المأمورِ)؛ لأنَّ في الوجهِ الأوَّلِ[2] أخبَرَ عمَّا لا يَملِكُ استئنافَهُ[3]، وهو الرُّجوعُ بالثَّمَنِ على الآمِرِ[4]، وهو يُنكِرُ، والقولُ لِلمُنكِر. وفي الوجه الثَّاني[5] هو أمينٌ يريدُ الخروجَ عن عُهدةِ الأمانةِ، فَيُقبَل قولُهُ.

ولو كان العبدُ حيّاً حينَ اختلفا:

- إنْ كان الثَّمنُ مَنقوداً فالقولُ للمأمور؛ لأنَّه أمينٌ.
- وإنْ لم يكن مَنقوداً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأنَّه يَملِكُ استئنافَ الشِّراءِ، فلا يُتَّهَم في الإخبار عنه. وعن أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ: القولُ للآمِرِ؛

(١) أي: على الوجوه المذكورة في الوكيل بالشِّراء، فإن أضاف الوكيلُ بالسَّلم العقدَ إلى دراهم الآمِرِ كان السَّلمُ له، وإن أضافه إلى دراهمِ نفسِهِ كان له، وإن عقدَه مطلَقاً من غير إضافةٍ إلى دراهم أحدٍ، فإن نوى السَّلمَ للموكِّلِ كان له، وإن نواه لنفسه كان لنفسه، وإن تكاذبا يُحكَّمُ النَّقدُ، وإن توافقا على أنَّه لم تحضره النِّيَّةُ كان السَّلم للوكيل عند محمد، وقال أبو يوسف: يحكَّم النَّقد، فمن دراهم أيِّهما نقَدَ فالعقدُ له. بناية.

(٢) وهو الوجهُ الذي لم يدفع الثَّمن فيه.

(٣) أي: يقدرُ على إنشائِهِ، أي: إنشاء العقدِ؛ إذ العبدُ ميتٌ، ومن أخبر عمَّا لا يملكُ إنشاءهُ في الحال لا يكونُ القولُ قولَهُ، كما لو قال: «راجعتُ» وكانت العدَّةُ باقيةً فإنَّه يُصدَّقُ؛ لأنَّه يملك إنشاءَهُ، وإلَّا فلا، كذا هاهنا. بناية.

(٤) وإنَّما لم يقل: «وهو العقد» لأنَّ مقصودَ الوكيل من ذكرِ العقدِ الرُّجوعُ بالثَّمنِ على الآمر، فكأنَّه ذكر السَّببَ وأراد المسبَّب، وهو جائزٌ؛ لأنَّ الرُّجوَ بالثَّمن مختصٌّ بالشِّراء لأجل الآمر. بناية.

(٥) وهو الذي دفع الثَّمنَ فيه.

وَمَنْ قال لآخَرَ: «بِعْنِي هذا العبدَ لِفُلانٍ» فَباعَهُ، ثمَّ أنكَرَ أنْ يكونَ فلانٌ أمَرَهُ، ثمَّ جاءَ فُلانٌ وقال: «أنا أمَرتُهُ بذلك»، فإنَّ فلاناً يَأخذُهُ، فإنْ قالَ فلانٌ: «لم آمُرْهُ» لم يكنْ ذلك لَهُ، إلَّا أنْ يُسَلِّمَهُ المُشتَرَى له، فيكونُ بيعاً عنه وعليه العُهدةُ. ....

لأنَّه مَوضِعُ تُهمَةٍ بأنِ اشتراهُ لنفسِهِ، فإذا رأى الصَّفقَةَ خاسرةً ألزَمَها الآمِرَ. بخلافِ ما إذا كان الثَّمنُ مَنقوداً؛ لأنَّه أمينٌ فيه فَيُقبَل قولُهُ تَبعاً لذلك، ولا ثَمَنَ في يده هاهنا[1].

وإنْ كان أمَرَهُ بشراءِ عبدٍ بِعَينِهِ، ثمَّ اختلفا والعبدُ حيٌّ، فالقولُ للمأمورِ سواءٌ كان الثَّمنُ منقوداً أو غيرَ منقودٍ، وهذا بالإجماع؛ لأنَّه أخبَرَ عمَّا يَملِكُ استئنافَهُ ولا تُهمةَ فيه؛ لأنَّ الوكيلَ بشراءِ شيءٍ بِعَينِهِ لا يَملِكُ شراءَهُ لنفسِهِ بمثلِ ذلك الثَّمنِ في حال غَيبتِهِ على ما مَرَّ[2]، بخلاف غيرِ المُعيَّنِ على ما ذكرناه لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[3].

(وَمَنْ قال لآخَرَ: «بِعْنِي هذا العبدَ لِفُلانٍ» فَباعَهُ، ثمَّ أنكَرَ أنْ يكونَ فلانٌ أمَرَهُ، ثمَّ جاءَ فُلانٌ وقال: «أنا أمَرتُهُ بذلك» فإنَّ فلاناً يَأخذُهُ)؛ لأنَّ قولَهُ السَّابقَ إقرارٌ منه بالوَكالةِ عنه، فلا يَنفَعُهُ الإنكارُ اللَّاحِقُ.

(فإنْ قالَ فلانٌ: «لم آمُرْهُ» لم يكنْ ذلك لَهُ)؛ لأنَّ الإقرارَ يرتدُّ بردِّهِ[4]، (إلَّا أنْ يُسَلِّمَهُ المُشتَرَى له، فيكونُ بيعاً عنه[5] وعليه العُهدةُ)؛ لأنَّه صار مشترياً بالتَّعاطي، كمَنْ اشترى لغيره بغيرِ أمرِهِ حتَّى لَزِمَه، ثمَّ سلَّمه المشتَرَى له.

---

(١) أي: فيما إذا كان العبدُ حيّاً والثَّمنُ غيرُ منقودٍ، فلم يوجَدِ المتبوعُ، وهو كونُ الوكيلِ أميناً، فلا يُقبلُ قولُه بطريق التبعيَّةِ لخروج الوكيلِ عن عُهدةِ الأمانةِ، فكذلك لا يُقبلُ قوله هاهنا. بناية بتصرف.

(٢) أشار به إلى قوله: «ولأنَّ فيه عَزْلَ نفسِهِ ولا يُملِكُه على ما قيل إلَّا بِمَحضرٍ من المُوكِّل». فتح.

(٣) يعني: ما ذكره فيما مَرَّ آنفاً من جانب أبي حنيفة، وهو قوله: «لأنَّه موضعُ تُهمةٍ، بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصَّفقةَ خاسرةً ألزَمَها الآمِرَ». فتح.

(٤) أي: لأنَّ إقرارَ المقِرِّ يرتدُّ بردِّ المُقَرِّ له.

(٥) أي: فيكونُ تسليمُ العبدِ بيعاً مبتدأً. فتح.

ومَنْ أمَرَ رجلاً أنْ يَشتريَ له عَبدَينِ بِأعيانِهِما، ولم يُسَمِّ له ثمناً، فاشترى له أحَدَهُما، جازَ إلّا فيما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه. ولو أمَرَهُ بأنْ يَشتَرِيَهما بألفٍ وقِيمَتُهُما سواءٌ، فعند أبي حنيفة إنْ اشتَرَى أحَدَهُما بخمسمائةٍ أو أقَلَّ جازَ، وإنِ اشتَرَى بأكثَرَ لم يَلزَمِ الآمِرَ، إلّا أنْ يَشتريَ الباقي بِبَقيَّةِ الألفِ قبلَ أنْ يَختَصِما استحساناً، ....

ودلَّتِ المسألةُ على أنَّ التَّسليمَ على وجهِ البيعِ يكفي للتَّعاطي وإنْ لم يُوجَد نَقدُ الثَّمنِ، وهو يتحقَّقُ في النَّفيس والخَسيس لاستتمام التَّراضي، وهو المعتَبَرُ في الباب.

قال: (ومَنْ أمَرَ رجلاً أنْ يَشتريَ له عَبدَينِ بِأعيانِهِما، ولم يُسَمِّ له ثمناً، فاشترى له أحَدَهُما، جازَ)؛ لأنَّ التَّوكيل مُطلَقٌ فَيُجرَى على إطلاقِهِ، وقد لا يَتَّفِقُ الجمعُ بينهما في البيع، (إلّا فيما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه)؛ لأنَّه توكيلٌ بالشِّراء، وهذا كلُّه بالإجماع.

(ولو أمَرَهُ بأنْ يَشتَرِيَهما بألفٍ وقِيمَتُهُما سواءٌ، فعند أبي حنيفة إنْ اشتَرَى أحَدَهُما بخمسمائةٍ أو أقَلَّ جازَ، وإنِ اشتَرَى بأكثَرَ لم يَلزَمِ الآمِرَ)؛ لأنَّه قابَلَ الألفَ بهما وقيمتُهُما سواءٌ، فَيُقسَمُ بينهما نصفَينِ دلالةً، فكان آمراً بشراءِ كلِّ واحدٍ منهما بخمسمائة، ثمَّ الشِّراءُ بها مُوافَقَةٌ، وبأقلَّ منها مُخالَفَةٌ إلى خيرٍ، وبالزِّيادةِ إلى شَرٍّ، قَلَّتِ الزِّيادةُ أو كَثُرَت فلا يجوز (إلّا أنْ يَشتريَ الباقي بِبَقيَّةِ الألفِ قبلَ أنْ يَختَصِما[1] استحساناً)؛ لأنَّ شراءَ الأوَّلِ قائمٌ[2]، وقد حَصَلَ غرضُهُ المصرَّح به، وهو تحصيلُ العبدينِ بالألفِ، وما ثبَتَ الانقسامُ إلّا دلالةً والصَّريحُ يفوقها.

---

(١) أي: فيجوز حينئذٍ ويلزم الآمِرَ.

(٢) يعني: شراء العبد الأوَّل قائمٌ لم يتغيَّر حالُهُ بالخصومة. فتح.

وقال أبو يوسف ومحمد: إنِ اشترى أحَدَهُما بأكثَرَ مِنْ نصفِ الألفِ بما يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه، وقد بَقِيَ من الألفِ ما يَشتَري بمثلِهِ الباقي جازَ. ومَنْ له على آخَرَ ألفُ درهم، فَأمَرَهُ أنْ يَشتريَ بها هذا العبدَ، فاشتراهُ جازَ، وإنْ أمَرَهُ أنْ يَشتريَ بها عبداً بِغَيرِ عَينِهِ، فاشتراهُ، فَماتَ في يَدِهِ قَبْلَ أنْ يَقبِضَهُ الآمِرُ، ماتَ مِن مالِ المشتري، وإنْ قَبَضَهُ الآمِرُ فهو له، وقالا: هو لازِمٌ لِلآمِرِ إذا قَبَضَهُ المأمورُ.

(وقال أبو يوسف ومحمد: إنِ اشترى أحَدَهُما بأكثَرَ مِنْ نصفِ الألفِ بما يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه، وقد بَقِيَ من الألفِ ما يَشتَري بمثلِهِ الباقي جازَ[1])؛ لأنَّ التَّوكيلَ مُطلَقٌ لكنَّه يتقيَّدُ بالمُتعارَفِ، وهو فيما قلنا[2]، ولكن لا بدَّ أن يَبقَى من الألفِ باقيةٌ يُشتَرى بمثلِها الباقي؛ لِيُمكِنَه تحصيلُ غَرضِ الآمِرِ.

قال: (ومَنْ له على آخَرَ ألفُ درهمٍ، فَأمَرَهُ أنْ يَشتريَ بها هذا العبدَ، فاشتراهُ جازَ)؛ لأنَّ في تَعيينِ المَبيعِ تَعيينَ البائعِ؛ ولو عيَّنَ البائعَ يجوزُ على ما نذكره إن شاء الله تعالى[3].

قال: (وإنْ أمَرَهُ أنْ يَشتريَ بها عبداً بِغَيرِ عَينِهِ، فاشتراهُ فَماتَ في يَدِهِ قَبْلَ أنْ يَقبِضَهُ الآمِرُ، ماتَ مِن مالِ المشتري، وإنْ قَبَضَهُ الآمِرُ فهو له)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، (وقالا: هو لازِمٌ لِلآمِرِ إذا قَبَضَهُ المأمورُ)، وعلى هذا إذا أمَرَهُ أن يُسلِمَ ما عليه[4] أو يَصرِفَ ما عليه.

لهما: أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا يَتعيَّنانِ في المُعاوضاتِ، ديناً كانت أو عيناً[5]،

---

(١) أي: ولزم الآمِرَ.

(٢) أي: فيما يَتغابَنُ النَّاسُ فيه.

(٣) يشيرُ إلى ما سيذكره بقوله: «بخلاف ما إذا عيَّن البائع ...» إلخ، انظر ص (٣٧٩).

(٤) أي: يعقدُ عقدَ السَّلم، أو يعقدُ عقدَ صرفٍ، من غير أن يُعيِّن من يُسلِم إليه، أو من يعقد عقد الصَّرف، بأن قال: أسلِمْ ما لي عليك في كذا، أو اصرف ما لي عليك في كذا. فإن عيَّن المُسلَمَ إليه ومَن يَعقِد به عقدَ الصَّرفِ، صحَّ بالاتِّفاق. بناية.

(٥) يعني: سواءٌ كانت الدَّراهمُ والدَّنانيرُ ديناً ثابتاً في الذِّمَّةِ أو عيناً غيرَ ثابتةٍ في الذِّمَّة. فتح.

ألا يُرى أنَّه لو تَبايَعا عيناً بِدَينٍ، ثمَّ تَصادَقا أنْ لا دَينٌ، لا يَبطُلُ العقدُ، فصارَ الإطلاقُ[1] والتَّقييدُ[2] فيه[3] سواءً، فيصحُّ التَّوكيلُ ويلزَمُ الآمِرَ؛ لأنَّ يدَ الوكيلِ كَيَدِهِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّها[4] تتعيَّنُ في الوَكالات؛ ألا ترى أنَّه لو قيَّدَ الوَكالةَ بالعَينِ منها[5]، أو بالدَّينِ منها، ثمَّ استَهلَكَ[6] العَينَ أو أسقَطَ الدَّينَ[7] بطلَتِ الوَكالةُ، فإذا تَعيَّنتْ[8]:

- كان هذا[9] تمليكَ الدَّينِ مِن غَيرِ مَنْ عليه الدَّينُ مِنْ غَيرِ أنْ يُوكِّلَه[10] بِقَبضِه، وذلك لا يجوزُ، كما إذا اشترى بِدَينٍ على غيرِ المشتري[11].

- أو يكونُ أمراً بِصَرْفِ ما لا يَملِكُه إلَّا بالقبض قبلَهُ[12]، وذلك[13] باطلٌ،

(١) أي: بأن قال: «بألف» ولم يُضِفْه إلى ما عليه. بناية.

(٢) أي: بأن أضافه إلى ما عليه. بناية.

(٣) أي: في عقدِ تبايعِ العين بالدَّين. بناية.

(٤) أي: الدَّراهم والدَّنانير.

(٥) أي: من الدراهم والدَّنانير.

(٦) الآمرُ أو المأمور.

(٧) أي: أسقط المُوكِّلُ الدَّينَ، بأنْ أبرأه عن الدَّينِ بعد التَّوكيل. فتح.

(٨) الدَّراهمُ والدَّنانير.

(٩) أي: التَّوكيل المذكور.

(١٠) أي: ذلك الغير.

(١١) أي: بأن كان لزيدٍ على عَمروٍ مثلاً دينٌ، فاشترى زيدٌ من آخَرَ شيئاً بذلك الدَّينِ الذي له على عَمرو، فإنَّه لا يجوز.

(١٢) أي: قبل القبض.

والمعنى: أو يكونُ التَّوكيلُ المذكورُ أمراً من ربِّ الدَّينِ للمديون بِدَفعِ ما لا يَملِكُه ربُّ الدَّين إلَّا بالقبضِ قبلَ القبضِ، وذلك لأنَّ الدُّيونَ تُقضَى بأمثالها، فكان ما أدَّى المديونُ إلى البائعِ أو إلى ربِّ الدَّينِ مِلكَ المديون، ولا يَملِكُه الدَّائنُ قبلَ القبضِ. فتح.

(١٣) أي: أمرُ الإنسانِ بِدَفعِ ما لا يَملِكُه الآمرُ باطلٌ.

وَمَنْ دَفَعَ إلى آخَرَ ألفاً وأمَرَهُ أنْ يَشتريَ بها جاريةً، فاشتراها، فقال الآمِرُ: «اشتَرَيتَها بِخَمسِمائةٍ»، وقال المأمورُ: «اشتَرَيتُها بألفٍ» فالقَولُ قَولُ المأمورِ، وإنْ لَم يكنْ دَفَعَ إليه الألفَ، فالقَولُ قَولُ الآمِرِ.

كما إذا قال: «أعطِ مالي عليكَ مَنْ شِئتَ»[١]، بخلاف ما إذا عيَّنَ البائعَ؛ لأنَّه[٢] يَصيرُ وكيلاً عنه في القبضِ، ثمَّ يَتملَّكُه[٣]، وبخلاف ما إذا أمَرَهُ بالتَّصدُّق؛ لأنَّه جعَلَ المالَ لله، وهو معلوم.

وإذا لم يصحَّ التَّوكيلُ نفَذَ الشِّراءُ على المأمور، فَيهلِكُ من مالِهِ، إلَّا إذا قبَضَه الآمرُ منه؛ لانعقاد البيع تعاطياً.

قال: (وَمَنْ دَفَعَ إلى آخَرَ ألفاً وأمَرَهُ أنْ يَشتريَ بها جاريةً، فاشتراها، فقال الآمِرُ: «اشتَرَيتَها بِخَمسِمائةٍ»، وقال المأمورُ: «اشتَرَيتُها بألفٍ» فالقَولُ قَولُ المأمورِ)، ومرادُهُ إذا كانت تساوي ألفاً؛ لأنَّه أمينٌ فيه وقدِ ادَّعى الخروجَ عن عُهدةِ الأمانةِ، والآمِرُ يدَّعي عليه ضَمانَ خَمسِمائةٍ، وهو يُنكِرُ، فإنْ كانت تساوي خَمسَمائةٍ فالقولُ قولُ الآمِرِ؛ لأنَّه خالَفَ حيثُ اشترى جاريةً تساوي خَمسَمائةٍ، والأمرُ تَناوَلَ ما يُساوي ألفاً، فَيَضمَنُ.

قال: (وإنْ لَم يكنْ دَفَعَ إليه الألفَ، فالقَولُ قَولُ الآمِرِ)، أمَّا إذا كانت قِيمَتُها خَمسَمائةٍ فَلِلمُخالفة، وإنْ كانت قِيمَتُها ألفاً فمعناه أنَّهما يَتحالفان؛ لأنَّ المُوكِّلَ والوكيلَ في هذا يَنزِلان منزلةَ البائع والمشتري وقد وَقَع الاختلافُ في الثَّمَن، ومُوجَبُه التَّحالفُ، ثمَّ يُفسَخُ العقدُ الذي جرى بينهما، فتلزَمُ الجاريةُ المأمورَ.

---

(١) فإنَّه باطلٌ؛ لأنَّه أمرٌ بِصَرفِ ما لا يَملِكُه الآمرُ إلَّا بالقبض، إلى مَنْ يختاره المديون بنفسه. فتح.

(٢) أي: البائع.

(٣) أي: ثمَّ يَتملَّكُه البائعُ، فيصيرُ قابضاً لرَبِّ الدَّين أوَّلاً، ثمَّ يصيرُ قابضاً لنفسه، كما لو وَهَبَ دينَهُ على غيرِهِ ووَكَّلَ الموهوبَ له بقبضه. فتح.

ولو أَمَرَهُ أنْ يَشتَرِيَ له هذا العبدَ، ولم يُسَمِّ له ثَمَناً، فاشتراهُ، فقال الآمِرُ: «اشتَرَيتَهُ بِخَمسِمائة»، وقال المأمورُ: «بألفٍ» وصَدَّقَ البائعُ المأمورَ، فالقولُ قولُ المأمورِ مَعَ يَمينِهِ.

قال: (ولو أَمَرَهُ أنْ يَشتَرِيَ له هذا العبدَ، ولم يُسَمِّ له ثَمَناً، فاشتراهُ، فقال الآمِرُ: «اشتَرَيتَهُ بِخَمسِمائة»، وقال المأمورُ: «بألفٍ» وصَدَّقَ البائعُ المأمورَ، فالقولُ قولُ المأمورِ مَعَ يَمينِهِ)، قيل: لا تَحالُفَ هاهنا؛ لأنَّه ارتفَعَ الخلافُ بِتَصديقِ البائع، إذْ هو حاضرٌ، وفي المسألة الأولى هو غائبٌ، فاعتُبِرِ الاختلاف[1]. وقيل: يتحالفان لِما ذكرنا[2]، وقد ذَكَرَ مُعَظَّمَ يَمينِ التَّحالفِ[3]، وهو يمينُ البائعِ[4].

والبائعُ[5] بعدَ استيفاءِ الثَّمنِ أجنبيٌّ عنهما، وقبلَهُ أجنبيٌّ عن الموكِّل إذْ لم يَجرِ بينهما بيعٌ، فلا يُصدَّقُ عليه، فيبقى الخلافُ، وهذا قولُ الإمام أبي منصور رحمه الله، وهو أظهر.

---

(١) أي: الذي كان بين الآمِرِ والمأمورِ، فلمَّا عُدم ما يرفع الخِلافَ وجب التَّحالف.

(٢) من أنَّ الآمر والمأمور نُزِّلا منزلةَ البائع والمشتري.
ثمَّ أجاب عن سؤال مقدَّر - هو: كيف قيل: «إنَّهما يتحالفان»، وقد نصَّ محمدٌ في الجامع الصَّغير على أنَّ القول قولُ المأمور مع يمينه، والتَّحالُف مخالفة - بقوله: وقد ذكر معظم ... إلخ.

(٣) يعني: أنَّ محمَّداً في الأصل اكتفى بذكر مُعَظَّم اليمينِ من يَمِيني التَّحالف.

(٤) أي المأمور؛ لأنَّه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمِرِ حكماً.

(٥) هذا جوابٌ عن تعليل القولِ الأوَّل بقوله: «لأنَّه ارتفع الخلافُ بتصديق البائعِ إذْ هو حاضر»، يعني: أنَّ بائع العبدِ بعدَ استيفاء الثَّمنِ أجنبيٌّ عن الموكِّل والوكيل معاً.

فصل في التَّوكيل بشراء نفس العبد

وإذا قال العبدُ لِرَجلٍ: «اشترِ لي نفسي مِنَ المولى بألفٍ» ودَفَعَها إليه، فإنْ قال الرَّجلُ للمولى: «اشتريتُهُ لنفسِهِ»، فباعَهُ على هذا الوجه فهو حُرٌّ، والوَلاءُ لِلمَولَى، وإنْ لم يُعيِّنْ لِلمَولَى فهو عبدٌ لِلمُشتري، والألفُ لِلمَولَى، وعلى المُشتري ألفٌ مِثلُهُ. ....

(فصل في التَّوكيل بشراء نفس العبد)

قال: (وإذا قال العبدُ لِرَجلٍ: «اشترِ لي نفسي مِنَ المولى بألفٍ» ودَفَعَها إليه، فإنْ قال الرَّجلُ للمولى: «اشتريتُهُ لنفسِهِ»، فباعَهُ على هذا [الوجه][1] فهو حُرٌّ والوَلاءُ لِلمَولَى)؛ لأنَّ بيعَ نفسِ العبدِ منه إعتاقٌ وشراءَ العبدِ نفسَهُ قَبولُ الإعتاقِ ببدلٍ، والمأمورُ سفيرٌ عنه[2]، إذ لا يَرجعُ عليه الحقوقُ، فصار[3] كأنَّه اشترى بنفسِهِ، وإذا كان إعتاقاً أعقَبَ الوَلاءَ.

(وإنْ لم يُعيِّنْ لِلمَولَى فهو عبدٌ لِلمُشتري)؛ لأنَّ اللَّفظَ[4] حقيقةٌ لِلمعاوَضَةِ، وأمكَنَ العملُ بها إذا لم يُعيِّنْ، فَيُحافِظُ عليها[5]، بخلافِ شراءِ العبدِ نفسَهُ؛ لأنَّ المجازَ فيه مُتعيِّنٌ.

وإذا كان مُعاوَضَةً يثبُتُ المِلكُ له (والألفُ لِلمَولَى)؛ لأنَّه كسبُ عبدِهِ (وعلى المُشتري ألفٌ مِثلُهُ) ثَمَناً للعبد، فإنَّه في ذمَّتِهِ حيثُ لم يصحَّ الأداءُ، بخلافِ الوكيلِ بشراءِ العبدِ من غيره[6] ....

---

(١) زيادة من (ج).
(٢) وكان سفيراً لأنَّه أضاف العقد إلى العبد.
(٣) أي: العبد.
(٤) أي: قوله: «اشتريتُ عبدَكَ بكذا» موضوع للمعاوضة دونَ الإعتاق.
(٥) أي: فَيُحافظ اللفظُ على الحقيقة.
(٦) أي: من غير العبدِ، بأنْ وكَّل أجنبيٌّ أجنبيّاً بشراءِ العبدِ من مولاه. بناية.

ومَنْ قالَ لِعَبدٍ: «اشترِ لي نفسَكَ مِنْ مَولاكَ»، فقالَ لِمَولاهُ: «بِعني نَفسِي لِفُلانٍ بكذا» فَفَعَلَ، فهو لِلآمِرِ وإنْ عَقَدَ لِنَفسِهِ فهو حُرٌّ، ....

حيثُ لا يُشترَط بيانُهُ[١]؛ لأنَّ العقدين هناك[٢] على نَمَطٍ واحد، وفي الحالين[٣] المُطالَبَةُ تتوجَّهُ نحو العاقِدِ، أمَّا هاهنا فأحَدُهما إعتاقٌ مُعقِبٌ للوَلاءِ ولا مطالبَةَ على الوكيل، والمَولَى عساهُ لا يرضاهُ[٤] ويَرغَبُ في المُعاوَضَة المَحضةِ، فلا بدَّ من البيان.

(ومَنْ قالَ لِعَبدٍ: «اشترِ لي نفسَكَ مِنْ مَولاكَ»، فقالَ لِمَولاهُ: «بِعني نَفسِي لِفُلانٍ بكذا» فَفَعَلَ، فهو لِلآمِرِ)؛ لأنَّ العبدَ يَصلُحُ وكيلاً عن غيرِهِ في شراءِ نفسِهِ؛ لأنَّه أجنبيٌّ عن ماليَّتِهِ، والبيعُ يَرِدُ عليه من حيثُ إنَّهُ مالٌ، إلَّا أنَّ ماليَّتَه في يدِهِ، حتَّى لا يَملِكُ البائعُ الحَبسَ بعد البيعِ لاستيفاءِ الثَّمنِ[٥]، فإذا أضافَهُ إلى الآمِرِ صَلَحَ فِعلُهُ امتثالاً، فيقعُ العقدُ للآمِرِ.

(وإنْ عَقَدَ لِنَفسِهِ فهو حُرٌّ[٦])؛ لأنَّه إعتاقٌ، وقد رَضِي به المولى دونَ المُعاوَضةِ، والعبدُ وإنْ كان وكيلاً بشراءِ شيءٍ مُعيَّنٍ، ولكنَّه أتى بجنس تَصرُّفٍ آخر، وفي مِثلِهِ يَنفُذُ على الوكيل.

---

(١) أي: بيانُ الشِّراء، يعني: لا يُشترط على الوكيل أن يقول وقتَ الشِّراء: «اشتريتُهُ لموكِّلي» في وقوع الشِّراء للموكِّل. فتح.

(٢) يعني: العقدَ الذي وقع للعبد، والعقدَ الذي وقع للموكِّل.

(٣) أي: في حالة الإضافةِ إلى نفسِهِ، وحالةِ الإضافةِ إلى موكِّلِهِ. بناية.

(٤) أي: لا يرضى الإعتاقَ؛ لأنَّه يُعقِب الوَلاءَ ومَوجَبُ الجنايةِ عليه حينئذٍ، فربَّما يتضرَّر به. فتح.

(٥) أي: لو أراد البائعُ أن يَحبِسَه بعدَ البيعِ لاستيفاءِ الثَّمنِ لم يكن له ذلك؛ لأنَّ ماليَّتَه في يده لكونه مأذوناً له، فصارَ كالمُودَع إذا اشترى الوديعةَ وهي بحضرته، لم يكن للبائع حَبسُها. فتح.

(٦) بأن قال: بعني نفسي منِّي.

وكذا لو قال: «بِعْنِي نَفسِي» ولم يقل: «لِفُلانٍ» فهو حُرٌّ.

(وكذا لو قال: «بِعْنِي نَفسِي» ولم يقل: «لِفُلانٍ»[1] فهو حُرٌّ)؛ لأنَّ المُطلَق يَحتمِل الوجهين[2]، فلا يقعُ امتثالاً بالشَّكِّ، فيبقى التَّصرُّفُ واقعاً لنفسِهِ.

---

(١) أي: وكذا لو أطلَقَ العبدُ العقدَ فقال: «بعني نفسي» ولم يزد على ذلك.

(٢) الامتثالَ وغيرَه.

فصل في البيع

والوَكيلُ بِالبَيعِ والشِّراءِ لا يَجُوزُ له أنْ يَعقِدَ مع أبيهِ وجَدِّهِ ومَنْ لا تُقبَلُ شَهادَتُهُ له عند أبي حنيفة. وقالا: يَجوزُ بَيعُهُ منهم بِمِثْلِ القِيمَةِ إلَّا مِنْ عَبدِهِ أو مُكاتَبِهِ. والوَكيلُ بالبيعِ يَجوزُ بَيعُهُ بالقليلِ والكثيرِ والعَرَضِ عند أبي حنيفة. وقالا: لا يَجوزُ بَيعُهُ بِنُقصانٍ لا يَتغابَنُ النَّاسُ فيه، ولا يَجوزُ إلَّا بالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ. ....

(فصل في البيع)

قال: (والوَكيلُ بِالبَيعِ والشِّراءِ لا يَجُوزُ له أنْ يَعقِدَ مع أبيهِ وجَدِّهِ ومَنْ لا تُقبَلُ شَهادَتُهُ له عند أبي حنيفة. وقالا: يَجوزُ بَيعُهُ منهم بِمِثْلِ القِيمَةِ إلَّا مِنْ عَبدِهِ أو مُكاتَبِهِ)؛ لأنَّ التَّوكيلَ مُطلَقٌ ولا تُهمَةَ؛ إذِ الأملاكُ مُتباينةٌ والمنافِعُ مُنقطعِةٌ، بخلاف العبدِ؛ لأنَّه بيعٌ من نفسِهِ؛ لأنَّ ما في يدِ العبدِ للمولى، وكذا لِلمَولَى حقٌّ في كَسبِ المُكاتَب، ويَنقلِبُ حقيقةً بالعَجز[1].

وله: أنَّ مواضعَ التُّهمةِ مُستثناةٌ عن الوكالات، وهذا موضعُ التُّهمةِ بدليلِ عَدَمِ قَبولِ الشَّهادةِ، ولأنَّ المنافِعَ بينهم متَّصلةٌ، فصار بيعاً من نفسِهِ من وَجهٍ، والإجارةُ والصَّرفُ على هذا الخلاف.

قال: (والوَكيلُ بالبيعِ يَجوزُ بَيعُهُ بالقليلِ والكثيرِ والعَرَضِ عند أبي حنيفة. وقالا: لا يَجوزُ بَيعُهُ بِنُقصانٍ لا يَتغابَنُ النَّاسُ فيه، ولا يَجوزُ إلَّا بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ)؛ لأنَّ مُطلَقَ الأمرِ يتقيَّدُ بالمُتعارَفِ؛ لأنَّ التَّصرُّفاتِ لِدَفعِ الحاجاتِ فتتقيَّدُ بِمَواقِعِها، والمُتعارَفُ البيعُ بثمنِ المِثْلِ وبالنُّقودِ، ولهذا يتقيَّدُ التَّوكيلُ بشراءِ الفَحمِ والجَمْدِ[2] والأضحيةِ بزمانِ الحاجةِ، ولأنَّ البيعَ بِغَبنٍ فاحشٍ بيعٌ من وجهٍ هِبةٌ من وَجهٍ[3]، ....

---

(١) أي: ينقلبُ حقُّ المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة المِلك بالعَجزِ عن أداء بدل المكاتبة.

(٢) هو ما جَمَدَ من الماء.

(٣) وهو وكيلٌ بالبيع دون الهبة.

والوكيلُ بالشِّراءِ يَجوزُ عَقدُهُ بِمِثلِ القِيمَةِ وَزِيادةٍ يَتغابَنُ النَّاسُ في مِثلِها، ولا يَجوزُ بِما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ في مِثلِهِ. ....

وكذا المُقايَضَةُ[1] بيعٌ من وَجهٍ شِراءٌ من وجهٍ[2]، فلا يتناولُهُ مُطلَقُ اسمِ البيعِ، ولهذا لا يَملِكُه الأبُ والوصيُّ.

وله: أنَّ التَّوكيلَ بالبيعِ مُطلَقٌ، فيجري على إطلاقِهِ في غيرِ مَوضِعِ التُّهمةِ، والبيعُ بالغَبنِ أو بالعينِ متعارَفٌ عندَ شِدَّةِ الحاجةِ إلى الثَّمنِ والتَّبرُّمِ من العَينِ، والمسائلُ[3] ممنوعةٌ على قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ على ما هو المَروِيُّ عنه.

وأنَّه[4] بيعٌ من كلِّ وجهٍ، حتَّى إنَّ مَن حَلَفَ لا يبيعُ يَحنَثُ به.

غيرَ[5] أنَّ الأبَ والوصيَّ لا يَملِكانه مع أنَّه بيعٌ؛ لأنَّ وِلايتَهُما نظريَّةٌ ولا نظَرَ فيه، والمُقايضَةُ شراءٌ من كلِّ وجهٍ وبيعٌ من كلِّ وجهٍ؛ لِوُجودِ حدِّ كلِّ واحدٍ منهما.

قال: (والوكيلُ بالشِّراءِ يَجوزُ عَقدُهُ بِمِثلِ القِيمَةِ وَزِيادةٍ يَتغابَنُ النَّاسُ في مِثلِها، ولا يَجوزُ بِما لا يَتغابَنُ النَّاسُ في مِثلِهِ)؛ لأنَّ التُّهمةَ فيه مُتحقِّقةٌ، فلعَلَّه اشتراه لِنفسِهِ، فإذا لم يُوافِقْهُ ألحَقَه بغيرِهِ على ما مَرَّ[6]، حتَّى لو كان وكيلاً

---

(١) وهي البيع بالعُرُوض.

(٢) وهو وكيلٌ بالبيع دون الشِّراء.

(٣) المراد المسائل المذكورة قبلَ قليل، وهي مسألة شراء الفحم والجَمْدِ والأضحية، ممنوعة عند أبي حنيفة.

(٤) أي: البيع بالغَبن. جوابٌ عن قولهما: «ولأنَّ البيع بغَبْن فاحشٍ بيعٌ من وجهٍ وهبةٌ من وجه»، يعني: لا نسلِّم أنَّه كذلك، بل هو بيعٌ من كلِّ وجه. فتح.

(٥) جوابٌ عن سؤال مقدَّر، تقريرُهُ: لو كان البيعُ بِغَبن فاحشٍ بيعاً من كلِّ وجهٍ لَمَلَكَه الأبُ والوصيُّ. يعني: أنَّ الأبَ والوصيَّ إنَّما لا يَملكانِ البيعَ بِغَبنٍ فاحشٍ مع أنَّه بيعٌ من كلِّ وجه لأنَّ ولايتهما ... فتح.

(٦) إشارة إلى ما ذكره في فصل الشِّراء بقوله: «لأنَّه موضعُ تُهمةٍ، بأنِ اشتراهُ لنفسه، فإذا رأى الصَّفقةَ خاسرةً ألزمها الآمِرَ. انظر ص (٣٧٤-٣٧٥).

والذي لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه ما لا يَدخُلُ تحتَ تَقوِيمِ المُقوِّمِينَ، وقيل: في العُروض «دَهْ نِيم»، وفي الحيوانات «دَهْ يازدَهْ»، وفي العَقارات «دَهْ دُوازْدَهْ». وإذا وَكَّلَهُ بِبَيعِ عَبدٍ له، فَباعَ نِصفَهُ جازَ عند أبي حنيفة، ....

بشراءِ شَيءٍ بِعَينِهِ قالوا: ينفُذُ على الآمِرِ؛ لأنَّه لا يَملِكُ شراءَهُ لنفسِهِ، وكذا الوكيلُ بالنِّكاحِ إذا زوَّجَه امرأةً بأكثَرَ من مهرِ مِثلِها جازَ عنده؛ لأنَّه لا بدَّ من الإضافةِ إلى المُوكِّل في العقد، فلا تتمَكَّنُ هذه التُّهمة[١]، ولا كذلك الوكيلُ بالشِّراء؛ لأنَّه يُطلِق العقدَ[٢].

قال: (والذي لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه ما لا يَدخُلُ تحتَ تَقوِيمِ المُقوِّمِينَ، وقيل: في العُروض «دَهْ نِيم»[٣]، وفي الحيوانات «دَهْ يازدَهْ»[٤]، وفي العَقارات «دَهْ دُوازْدَهْ»[٥])؛ لأنَّ التَّصرُّفَ يَكثُرُ وُجودُهُ في الأوَّل، ويَقِلُّ في الأخير، ويتوسَّطُ في الأوسط[٦]، وكَثرةُ الغَبنِ لِقِلَّةِ التَّصرُّف.

قال: (وإذا وَكَّلَهُ بِبَيعِ عَبدٍ له، فَباعَ نِصفَهُ جازَ عند أبي حنيفة)؛ لأنَّ اللَّفظ مطلَقٌ عن قيدِ الافتراق والاجتماع؛ ألا ترى أنَّه لو باع الكلَّ بثمنِ النِّصفِ يجوزُ عندَهُ، فإذا باعَ النِّصفَ به أولى.

---

(١) أي: تُهمَةُ أن يَعقِدَ أوَّلاً لنفسِهِ ثمَّ يُلحِقَه بغيره.

(٢) أي: لا يُضيفُهُ إلى المُوكِّلِ حيثُ يقولُ: «اشتريتُ» ولا يقول: «اشتريتُ لفلان»، يعني: يجوزُ له الإطلاقُ ولا يجبُ عليه الإضافةُ إلى المُوكِّلِ، فتتمكَّنُ تلك التُّهمةُ. فتح.

(٣) «دَه» بالفارسية تعني عشرة، و«نيم» نصف، والمراد هنا نصف درهم. بناية.

(٤) اسم لأحد عشر بالفارسية. بناية.

(٥) اسم لاثني عشر. بناية.

(٦) قوله: «في الأول» يعني: العروض، و«الأخير» يعني: العقارات، و«الأوسط» يعني: الحيوانات.

وقالا: لا يَجُوزُ إلَّا أنْ يَبِيعَ النِّصفَ الآخَرَ قبلَ أنْ يَختَصِما. وإنْ وَكَّلَهُ بِشراءِ عَبدٍ، فاشترى نِصفَهُ، فالشِّراءُ مَوقُوفٌ، فإنِ اشتَرَى باقِيَهُ لَزِمَ المُوكِّلَ. ومَنْ أمَرَ رَجلاً بِبَيعِ عَبدِهِ، فَباعَهُ وقَبَضَ الثَّمَنَ أو لم يَقبِضْ، فَرَدَّهُ المُشتري عليه بِعَيبٍ لا يَحْدُثُ مِثلُهُ، بِقَضاءِ القاضي بِبَيِّنةٍ أو بِإباءِ يَمينٍ أو بإقرارٍ، فإنَّهُ يَرُدُّهُ على الآمِرِ، ....

(وقالا: لا يَجُوزُ)؛ لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ لِما فيه من ضَرَرِ الشَّركة، (إلَّا أنْ يَبِيعَ النِّصفَ الآخَرَ قبلَ أنْ يَختَصِما)؛ لأنَّ بيعَ النِّصفِ قد يقع وسيلةً إلى الامتثالِ، بأنْ لا يَجِدَ مَن يَشتريهِ جملةً، فيحتاجُ إلى أن يُفرِّقَ، فإذا باع الباقي قبلَ نَقضِ البيعِ الأوَّلِ، تبيَّنَ أنَّه وقَعَ وسيلةً، وإذا لم يَبِعْ ظهَرَ أنَّه لم يقع وسيلةً، فلا يجوزُ، وهذا استحسانٌ عندهما.

(وإنْ وَكَّلَهُ بِشراءِ عَبدٍ، فاشترى نِصفَهُ، فالشِّراءُ مَوقُوفٌ، فإنِ اشتَرَى باقِيَهُ لَزِمَ المُوكِّلَ)؛ لأنَّ شراءَ البعضِ قد يقعُ وسيلةً إلى الامتثال، بأنْ كان مَورُوثاً بينَ جماعةٍ، فيحتاجُ إلى شرائِهِ شِقْصاً شِقْصاً، فإذا اشترى الباقي قبلَ ردِّ الآمِرِ البيعَ، تبيَّنَ أنَّه وقَعَ وسيلةً، فينفُذُ على الآمِرِ، وهذا بالاتِّفاق.

والفرقُ[١] لأبي حنيفةَ: أنَّ في الشِّراء تَتحقَّقُ التُّهمةُ على ما مَرَّ. وآخَرَ[٢]: أنَّ الأمرَ بالبيعِ يُصادِفُ مِلكَهُ، فيصحُّ، فيُعتَبَرُ فيه إطلاقُهُ، والأمرُ بالشِّراء صادَفَ مِلكَ الغيرِ، فلم يصحَّ، فلا يُعتَبَرُ فيه التَّقييدُ والإطلاقُ.

قال: (ومَنْ أمَرَ رَجلاً بِبَيعِ عَبدِهِ، فَباعَهُ وقَبَضَ الثَّمَنَ أو لم يَقبِضْ، فَرَدَّهُ المُشتري عليه بِعَيبٍ لا يَحْدُثُ مِثلُهُ[٣]، بِقَضاءِ القاضي بِبَيِّنةٍ أو بِإباءِ يَمينٍ أو بإقرارٍ، فإنَّهُ يَرُدُّهُ على الآمِرِ)؛ لأنَّ القاضي تيقَّنَ بحدوثِ العيبِ في يدِ البائعِ، فلم يكن قضاؤه مُستنداً إلى هذه الحُجَجِ[٤].

(١) أي: بين البيع والشِّراء.

(٢) أي: وفَرقٌ آخر كما في (أ).

(٣) كالأصبع الزَّائدة.

(٤) يعني: البيِّنة والنُّكول والإقرار.

وكذلك إنْ رَدَّهُ عليه بِعَيبٍ يَحدُثُ مِثلُهُ بِبَيِّنةٍ أو بإباءِ يَمينٍ، فإنْ كان ذلك بإقرارِهِ لَزِمَ المأمُورَ. ....

وتأويلُ اشتِراطِها[١] في الكتاب، أنَّ القاضي يَعلَمُ أنَّه لا يَحدُثُ مِثلُهُ في مدَّةِ شهرٍ مَثلاً، لكنَّه اشتبَهَ عليه تاريخُ البيعِ، فيحتاجُ إلى هذه الحُجج لظهورِ التَّاريخِ، أو كان عيباً[٢] لا يَعرِفُه إلَّا النِّساءُ أو الأطبَّاءُ، وقولُهُنَّ وقولُ الطَّبيبِ حُجَّةٌ في توجُّهِ الخُصومةِ لا في الرَّدِّ، فيفتقرُ إليها في الرَّدِّ، حتَّى لو كان القاضي عايَنَ البيعَ والعيبُ ظاهرٌ لا يَحتاجُ[٣] إلى شيءٍ منها، وهو[٤] رَدٌّ على المُوكِّل، فلا يحتاجُ الوكيلُ إلى ردٍّ وخُصومةٍ.

قال: (وكذلك إنْ رَدَّهُ عليه بِعَيبٍ[٥] يَحدُثُ مِثلُهُ بِبَيِّنةٍ أو بِإباءِ يَمينٍ)؛ لأنَّ البيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطلَقةٌ[٦]، والوكيلُ مُضطرٌّ في النُّكولِ لِبُعدِ العيبِ عن عِلْمِهِ باعتبارِ عدَمِ مُمارستِهِ المَبيعَ، فلزِمَ الآمِرَ.

قال: (فإنْ كان ذلك[٧] بإقرارِهِ لَزِمَ المأمُورَ)؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ قاصرةٌ، وهو[٨] غيرُ مُضطرٍّ إليه[٩]؛ لإمكانِهِ السُّكوتُ والنُّكولُ[١٠]، إلَّا أنَّ له أنْ يُخاصِمَ المُوكِّلَ،

---

(١) أي: وتأويل اشتراط هذه الحجج.

(٢) أي: أو كان العيبُ الذي يريد المشتري الرَّدَّ به عيباً ...

(٣) أي: القاضي إلى شيء من هذه الحُجَج.

(٤) أي: الرَّدُّ على الوكيل.

(٥) أي: وكذلك الحكمُ إذا رَدَّ المشتري العبدَ على الوكيل بعيب ... إلخ.

(٦) أي: كاملة، فتتعدى.

(٧) أي: الرَّدُّ على الوكيل.

(٨) أي: المأمور.

(٩) أي: إلى الإقرار.

(١٠) برفع «السُّكوت والنُّكول»، يعني: يُمكِنُه السُّكوتُ والنُّكولُ، حتَّى يَعرِض عليه الثَّمنَ ويقضي عليه بالسُّكوتِ والنُّكول. فتح.

فَيُلزِمُه بِبَيِّنةٍ أو بِنُكولِهِ، بخلاف ما إذا كان الرَّدُّ بغيرِ قضاءٍ [بإقراره][1] والعَيبُ يحدُثُ مِثلُهُ، حيثُ لا يكونُ له أن يُخاصِمَ بائِعَهُ؛ لأنَّه[2] بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، والبائعُ ثالِثُهما.

والرَّدُّ بالقضاءِ فَسخٌ[3]؛ لِعُمومِ وِلايةِ القاضي[4]، غيرَ أنَّ الحُجَّةَ قاصرةٌ[5]، وهي الإقرارُ، فَمِنْ حيثُ الفَسخُ كان له أن يُخاصِمَهُ، ومن حيثُ القُصورُ في الحجَّةِ لا يلزَمُ المُوكِّلَ إلَّا بحجَّة.

ولو كان العيبُ لا يَحدُثُ مِثلُه والرَّدُّ بغيرِ قَضاءٍ بإقرارِهِ، يلزَمُ المُوكِّلَ من غيرِ خُصومةِ [الوكيل][6] في روايةٍ؛ لأنَّ الرَّدَّ مُتعيِّنٌ، وفي عامَّة الرِّواياتِ ليس له أن يُخاصِمَه لِما ذكرنا[7]، والحقُّ في وَصفِ السَّلامةِ[8]، ثمَّ يَنتقِلُ إلى الرَّدِّ، ثمَّ إلى الرُّجوع بالنُّقصان، فلم يتعيَّنِ الرَّدُّ، وقد بيَّناه في الكفايةِ بأطولَ من هذا.

---

(1) زيادة من (ج)، أي: بإقرار الوكيل.

(2) أي: الرَّدُّ بالإقرار والرِّضا من غير قضاء.

(3) هذا جوابُ سؤالٍ وهو أن يقال: ينبغي أن لا يكونَ للوكيلِ حَقُّ الخُصومةِ مع المُوكِّل أصلاً فيما إذا حصَلَ الرَّدُّ بإقرارِ الوكيلِ؛ لِكَونهِ بيعاً جديداً في حقِّ الموكِّل، فقال في الجواب: الرَّدُّ بالقضاء ...إلخ. فتح.

(4) يعني: أنَّ الرَّدَّ بالقضاء لا يَحتمِلُ أن يكونَ عقداً مُبتدأً؛ لِفَقدِ شَرطِهِ وهو التَّراضي؛ لأنَّ القاضي يَرُدُّهُ على كُرهٍ منه، فَيُجعلُ فسخاً؛ لِعُمومِ ولايةِ القاضي. فتح.

(5) أي: غيرَ أنَّ الفسخَ استند إلى حجَّة قاصرةٍ، فعملنا بالجهتين؛ لذا قال: فمن حيث الفسخ ...

(6) زيادة من (ج).

(7) إشارة إلى قوله: «لأنَّه بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالث». فتح.

(8) أي: حقُّ المشتري ثابتٌ في وَصفِ السَّلامة.

ومَنْ قال لآخَرَ: «أمَرتُكَ ببَيعِ عبدي بِنَقدٍ، فَبِعتَهُ بِنَسيئةٍ»، وقال المأمورُ: «أمَرتَني بِبَيعِهِ ولم تَقُلْ شيئاً» فَالقَولُ قَولُ الآمِرِ، وإنِ اختَلَفَ في ذلكَ المُضارِبُ ورَبُّ المالِ، فَالقَولُ قَولُ المُضارِبِ. ومَنْ أمَرَ رجلاً بِبَيعِ عَبدِهِ، فَباعَهُ وأخَذَ بِالثَّمَنِ رَهناً فَضاعَ في يَدِهِ، أو أخَذَ به كفيلاً فَتَوَى المالُ عليه، فلا ضَمانَ عليه.

قال: (ومَنْ قال لآخَرَ: «أمَرتُكَ بِبَيعِ عبدي بِنَقدٍ، فَبِعتَهُ بِنَسيئةٍ»، وقال المأمورُ: «أمَرتَني بِبَيعِهِ ولم تَقُلْ شيئاً» فَالقَولُ قَولُ الآمِرِ)؛ لأنَّ الأمرَ يستفادُ من جهته، ولا دِلالَةَ على الإطلاق.

قال: (وإنِ اختَلَفَ في ذلكَ المُضارِبُ ورَبُّ المالِ[1]، فَالقَولُ قَولُ المُضارِبِ)؛ لأنَّ الأصلَ في المُضاربةِ العمومُ، ألا ترى أنَّه يَملِكُ التَّصرُّفَ بذكرِ لفظِ المُضاربةِ، فقامت دِلالَةُ الإطلاق.

بخلافِ ما إذا ادَّعى ربُّ المالِ المُضاربةَ في نوعٍ والمُضارِبُ في نوعٍ آخرَ، حيثُ يكونُ القولُ لربِّ المال؛ لأنَّه سَقَطَ الإطلاقُ بِتَصادُقِهما، فنَزَلَ إلى الوكالةِ المَحضةِ[2].

ثمَّ مُطلَقُ الأمرِ بالبيعِ، يَنتظِمُهُ[3] نَقداً ونَسيئةً إلى أيِّ أجلٍ كان عند أبي حنيفة، وعندهما: يتقيَّد بأجلٍ مُتعارَفٍ[4]، والوجهُ قد تقدَّم[5].

قال: (ومَنْ أمَرَ رجلاً بِبَيعِ عَبدِهِ، فَباعَهُ وأخَذَ بِالثَّمَنِ رَهناً فضاعَ في يَدِهِ، أو أخَذَ به كفيلاً فَتَوَى المالُ عليه، فلا ضَمانَ عليه)، لأنَّ الوكيلَ أصيلٌ في الحقوقِ، وقبضُ

---

(١) وذلك بأن يقول ربُّ المالِ: «أمرتُكَ بالنَّقد»، وقال المضاربُ: «بل دفعتَ المالَ مضاربةً ولم تُعيِّن شيئاً».

(٢) وفيها القولُ للآمِرِ.

(٣) أي: مطلَقُ التَّوكيلِ بالبيع ينتظمُ البيعَ نقداً ونسيئةً ... إلخ.

(٤) حتَّى لو باع بأجلٍ غيرِ مُتعارَفٍ عند التُّجّارِ، بأنْ باع إلى خمسين سنةً، جاز عنده خلافاً لهما. فتح.

(٥) أي: الوجهُ من الجانبين قد تقدَّم قبل قليل عند شرح قوله: «والوَكيلُ بالبيعِ يَجوزُ بَيعُهُ بالقليلِ والكثيرِ والعَرَضِ»، فإنَّ أبا حنيفة عَمِل بالإطلاق وهما بالمُتعارَف.

الثَّمنِ منها، والكفالةُ تَوثُّقٌ به، والارتهانُ وثيقةٌ لجانبِ الاستيفاءِ[1]، فَيملِكُهما[2]، بخلاف الوكيلِ بِقَبضِ الدَّين؛ لأنَّه يفعلُ نيابةً، وقد أنابَهُ في قَبضِ الدَّينِ دونَ الكفالةِ وأَخذِ الرَّهنِ، والوكيلُ بالبيعِ يَقبِضُ أصالةً، ولهذا لا يَملِكُ الموكِّلُ حَجْرَه عنه.

---

(١) أي: لجانب استيفاءِ الثَّمنِ، فقدِ ازدادَ بالكفالةِ والرَّهنِ معنى الوثيقةِ، فكانا مُؤكِّدَين لحقِّ استيفاءِ الثَّمن. فتح.

(٢) أي: الوكيل، فإذا ضاعَ الرَّهنُ في يدِهِ لم يضمن؛ لأنَّ استيفاءَ الرَّهنِ كاستيفاءِ الثَّمنِ من حيثُ إنَّه بدَلُهُ أقيم مقامه. ولو هلك الثَّمنُ في يده هلكَ أمانةً، فكذلك الرَّهن. فتح.

فصل

وإذا وَكَّلَ وَكِيلَين، فليسَ لأحَدِهما أنْ يَتصَرَّفَ فيما وُكِّلا بِهِ دُونَ الآخَرِ، إلَّا أنْ يُوكِّلَهُما بِالخُصُومةِ، أو بِطَلاقِ زَوجتِهِ بِغَيرِ عِوَضٍ، أو بِعِتْقِ عَبدِهِ بِغَيرِ عِوَضٍ، أو بِرَدِّ وَدِيعَةٍ عِندَهُ، أو قَضاءِ دَينٍ عليه. ....

(فصل)

في بيان وكالة الاثنين

قال: (وإذا وَكَّلَ وَكِيلَين، فليسَ لأحَدِهما أنْ يَتصَرَّفَ فيما وُكِّلا بِهِ دُونَ الآخَرِ)، وهذا في تَصرُّفٍ يحتاجُ فيه إلى الرَّأي، كالبيعِ والخُلعِ وغيرِ ذلك؛ لأنَّ المُوكِّلَ رضي بِرَأيهما لا بِرَأي أحَدِهما.

والبدلُ[١] وإنْ كان مُقدَّراً، ولكن التَّقديرُ لا يَمنَعُ استعمالَ الرَّأي في الزِّيادةِ[٢] واختيارِ المشتري[٣].

قال: (إلَّا أنْ يُوكِّلَهُما بِالخُصُومةِ)؛ لأنَّ الاجتماعَ فيها مُتعذِّرٌ للإفضاء إلى الشَّغَبِ في مجلسِ القضاءِ، والرَّأيُ يُحتاجُ إليه سابقاً لِتَقويمِ الخُصومة.

قال: (أو بِطَلاقِ زَوجتِهِ بِغَيرِ عِوَضٍ، أو بِعِتْقِ عَبدِهِ بِغَيرِ عِوَضٍ، أو بِرَدِّ وَدِيعَةٍ عِندَهُ، أو قَضاءِ دَينٍ عليه)؛ لأنَّ هذه الأشياءَ لا يُحتاج فيها إلى الرَّأي، بل هو تعبيرُ مَحضٌ، وعبارةُ المُثنَّى والواحدِ سواءٌ.

وهذا بخلاف ما إذا قال لهما: «طَلِّقاها إنْ شِئتُما»، أو قال: «أمرُها بِأيدِيكُما»؛ لأنَّه تفويضٌ إلى رأيهما؛ ألا ترى أنَّه تَمليكٌ مُقتَصِرٌ على المجلس[٤]، ولأنَّه علَّقَ

(١) هذا جوابُ شُبهةٍ، وهي أنَّه إذا قَدَّرَ المُوكِّلُ البدلَ في البيع ونحوِهِ لا يحتاجُ إلى الرَّأي، فينبغي أن يَنفرِدَ كلُّ واحدٍ منهما بالتَّصرُّفِ في ذلك، كما في التَّوكيل بالإعتاق بغير عِوَض. فتح.

(٢) وذلك بأن يُزادَ الثَّمنُ عند اجتماع الرَّأي لذكاء أحدِهما ومعرفتِهِ. بناية.

(٣) وذلك لأنَّ من المشترين من يُماطِل بأداء الثَّمن، فيختار الآخَرُ من لا يماطل. بناية.

(٤) وإذا كان تمليكاً صارَ التَّطليقُ مَملوكاً لهما، فلا يَقدِرُ أحدُهما على التَّصرُّف في مِلْك الآخَرِ. فتح.

وليس لِلوَكيلِ أنْ يُوكِّلَ فيما وُكِّلَ به، إلَّا أنْ يأذَنَ له المُوكِّلُ أو يَقولَ له: «اِعمَلْ برَأيكَ»، فإنْ وَكَّلَ بِغَيرِ إذنِ مُوَكِّلِهِ فعَقَدَ وَكيلُهُ بِحَضرتِهِ جازَ، وإنْ عقَدَ في حالِ غَيبتِهِ لم يَجُزْ، وكذا لو باعَ غَيرُ الوكيلِ فَبَلَغَهُ فأجازَهُ، ....

الطَّلاقَ بِفعلِهِما، فاعتَبِرْهُ بِدُخولِهما[١].

قال: (وليس لِلوَكيلِ أنْ يُوكِّلَ فيما وُكِّلَ به)؛ لأنَّه فوَّضَ إليه التَّصرُّفَ دونَ التَّوكيلِ به، وهذا لأنَّه رضي برأيه، والنَّاسُ مُتفاوِتُونَ في الآراء.

قال: (إلَّا أنْ يأذَنَ له المُوكِّلُ) لِوُجودِ الرِّضا، (أو يَقولَ له: «اِعمَلْ بِرَأيكَ»)؛ لإطلاقِ التَّفويضِ إلى رأيه، وإذا جازَ في هذا الوجهِ يكونُ الثَّاني وكيلاً عن المُوكِّل، حتَّى لا يَملِكُ الأوَّلُ عَزلَهُ، ولا يَنعزِلُ بموتِهِ، ويَنعزِلانِ بموتِ الأوَّلِ، وقد مرَّ نظيرُهُ في أدب القاضي[٢].

قال: (فإنْ وَكَّلَ بِغَيرِ إذنِ مُوَكِّلِهِ فعَقَدَ وَكيلُهُ بِحَضرتِهِ جازَ)؛ لأنَّ المقصودَ حضورُ رأيِ الأوَّلِ وقد حَضَر وتكلَّمُوا في حقوقه[٣]، (وإنْ عقَدَ في حالِ غَيبتِهِ لم يَجُزْ)؛ لأنَّه فات رأيُهُ، إلَّا أن يبلغَهُ فَيُجيزَهُ. (وكذا لو باعَ غَيرُ الوكيلِ فَبَلَغَهُ فأجازَهُ)؛ لأنَّه حضَرَ رأيُهُ.

---

(١) أي: فاعتَبِرْ تعليقَ الطَّلاقِ بفعلِ الرَّجلين بِتَعليقِ الطَّلاق بدخولِ الرَّجلين، أي: بدخولهما الدَّارَ مثلاً.
يعني: يُشترطُ ثَمَّةَ لوقوع الطَّلاقِ دُخولُهما جميعاً، حتَّى لو قال: «إنْ دخلتما الدَّارَ فهي طالقٌ» لا تَطلُقُ ما لم يوجد الدُّخولُ منهما جميعاً، فكذلك هاهنا لا يقعُ الطَّلاقُ ما لم يُوجَد فِعلُ التَّطليقِ منهما جميعاً. فتح.

(٢) وهو قوله: «وليس للقاضي أن يستخلِفَ على القضاء إلا أن يفوَّض إليه ذلك»، انظر ص (٢٧٠).

(٣) يعني: إذا باع بحضرةِ الأوَّل حتَّى جاز، فالعُهدةُ على مَن تكونُ؟ لم يذكره محمد رَحِمَهُ اللَّهُ في الجامع الصَّغير، وتكلَّم المشايخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ في ذلك:
- فمنهم مَن قال: على الأوَّل؛ لأنَّ المُوكِّل إنَّما رضي بلزومِ العُهدةِ عليه لا الثاني.
- ومنهم من قال: على الثَّاني؛ إذِ السَّببُ وهو العقدُ وُجِدَ من الثاني دونَ الأوَّل، والثَّاني كالوكيل للمُوكِّل الأوَّل، حتَّى لو مات الموكِّلُ الأوَّلُ انعزلَ الوكيلُ الثَّاني بموته، ولا يَنعزِلُ بموتِ المُوكِّل الثاني. عناية.

ولو قَدَّرَ الأوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّاني، فَعَقَدَ بِغَيبتِهِ يَجُوزُ. وإذا زَوَّجَ المُكاتَبُ أو العبدُ أو الذِّمِّيُّ ابنَتَهُ، وهي صغيرةٌ حُرَّةٌ مُسلِمَةٌ، أو باعَ أو اشتَرَى لها، لم يَجُزْ. قال أبو يوسف ومحمد: والمُرتَدُّ إذا قُتِلَ على رِدَّتِهِ والحُربيُّ كذلكَ.

(ولو قَدَّرَ الأوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّاني، فَعَقَدَ بِغَيبتِهِ يَجُوزُ)؛ لأنَّ الرَّأيَ فيه يَحتاجُ إليه لتقديرِ الثَّمَنِ ظاهراً، وقد حصَلَ.

وهذا بخلاف ما إذا وَكَّلَ وكيلين وقَدَّرَ الثَّمنَ؛ لأنَّه لمَّا فوَّضَ إليهما مع تقدير الثَّمن، ظهَرَ أنَّ غرضَهُ اجتماعُ رأيهما في الزِّيادةِ واختيارِ المشتري على ما بيَّنَّاه[1]، أمَّا إذا لم يُقدِّرِ الثَّمَنَ وفوَّضَ إلى الأوَّل كان غرضُهُ رأيَهُ في مُعظَم الأمرِ، وهو التَّقديرُ في الثَّمن.

قال: (وإذا زَوَّجَ المُكاتَبُ أو العبدُ أو الذِّمِّيُّ ابنَتَهُ، وهي صغيرةٌ حُرَّةٌ مُسلِمَةٌ، أو باعَ أو اشتَرَى لها، لم يَجُزْ)، معناه: التَّصرُّفُ في مالِها[2]؛ لأنَّ الرِّقَّ والكفرَ يَقطعانِ الولايةَ؛ ألا يُرى أنَّ المَرقوقَ لا يَملِكُ إنكاحَ نفسِهِ، فكيف يَملِكُ إنكاحَ غيره، وكذا الكافرُ لا وِلايةَ له على المسلمِ، حتَّى لا تُقبلُ شهادتُهُ عليه، ولأنَّ هذه ولايةٌ نظريَّةٌ فلا بدَّ من التَّفويضِ إلى القادرِ المُشفِقِ ليتحقَّقَ معنى النَّظر، والرِّقُّ يُزيلُ القدرةَ، والكُفرُ يقطعُ الشَّفقةَ على المسلمِ، فلا تُفوَّضُ إليهما.

(قال أبو يوسف ومحمد: والمُرتَدُّ إذا قُتِلَ على رِدَّتِهِ والحُربيُّ كذلكَ[3])؛ لأنَّ الحربيَّ أبعدُ من الذِّمِّيِّ، فأولى بِسَلبِ الولايةِ، وأمَّا المرتدُّ فتصرُّفُهُ في مالِهِ وإن كان نافذاً عندهما، لكنَّه موقوفٌ على ولدِهِ ومالِ ولدِهِ بالإجماع[4]؛ لأنَّها ولايةٌ

---

(١) أي: في قوله: «والبدلُ وإن كان مقدَّراً، ولكن التَّقديرُ لا يمنَعُ استعمالَ الرَّأي في الزِّيادةِ واختيارِ المشتري»، انظر ص (٣٩٢).

(٢) أمَّا لو اشترى لها من مال نفسه، فجائزٌ بالاتِّفاق.

(٣) أي: تصرُّفهما على المسلم لا يجوز. بناية.

(٤) في فتح القدير: (لكنَّه) أي: لكنَّ تصرُّفَه (موقوفُ) أي: موقوفٌ على إسلامه؛ إنْ أسلَمَ صحَّ، =

نظريَّةٌ، وذلك باتِّفاقِ المِلَّةِ[(١)]، وهي[(٢)] متردِّدةٌ ، ثمَّ تستقرُّ جهةُ الانقطاع إذا قُتِل على الرِّدَّةِ، فيبطُلُ[(٣)]، وبالإسلامِ[(٤)] يُجعَلُ كأنَّه لم يَزَلْ مُسلِماً فيصحُّ.

= وإن ماتَ أو قُتِل أو لَحِق بدار الحربِ بطَلَ. (وعلى ولدِهِ ومالِ ولدِهِ) متعلِّقٌ بما يرجعُ إليه ضميرُ «لكنَّه» وهو التَّصرُّفُ بمعنى «الولاية»، يعني: لكنَّ تصرُّفَه، أي: ولايتُهُ على ولدِهِ ومالِ ولدِهِ موقوفٌ على إسلامه، (بالإجماع) متعلِّق بقوله: «موقوف». اهـ انظر تتمته.

(١) أي: بسبب اتِّفاق الملَّة.

(٢) أي: الملَّةُ متردِّدةٌ لكونها معدومةً في الحال، لكنَّها مرجوَّةُ الوجودِ؛ لأنَّ المرتدَّ محمولٌ عليها، فيجب التوقُّف. بناية.

(٣) أي: تصرُّفه.

(٤) أي: بالعود إلى الإسلام.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوَكيلُ بالخُصُومةِ وَكيلٌ بِالقَبضِ، فإنْ كانا وَكِيلَينِ بِالخُصُومةِ لا يَقبِضانِ إلَّا معاً، والوَكيلُ بِقَبضِ الدَّينِ يَكونُ وَكيلاً بِالخُصُومةِ عند أبي حنيفة، ....

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال: (الوَكيلُ بالخُصُومةِ[1] وَكيلٌ بِالقَبضِ) عندنا، خلافاً لزفر، هو يقول: رضي بِخُصومتِهِ، والقبضُ غيرُ الخُصومةِ، ولم يرضَ به.

ولنا: أنَّ مَن مَلَك شيئاً ملَكَ إتمامَهُ، وإتمامُ الخُصومةِ وانتهاؤها بالقبضِ.

والفتوىَ اليوم على قول زفر رحمه الله لِظُهور الخيانةِ في الوُكلاء، وقد يُؤتَمَنُ على الخُصومةِ مَن لا يُؤتَمَنُ على المال.

ونظيرُهُ الوكيلُ بالتَّقاضي يَملِكُ القبضَ على أصلِ الرِّواية؛ لأنَّه[2] في معناه وَضْعاً، إلَّا أنَّ العُرفَ بخلافِهِ[3]، وهو قاضٍ على الوَضعِ، والفتوى على أنْ لا يملك.

قال: (فإنْ كانا وَكِيلَينِ بِالخُصُومةِ لا يَقبِضانِ إلَّا معاً)؛ لأنَّه رضي بأمانَتِهِما لا بأمانةِ أحدِهِما، واجتماعُهُما مُمكِنٌ، بخلافِ الخُصومةِ على ما مَرَّ[4].

قال: (والوَكيلُ بِقَبضِ الدَّينِ يَكونُ وَكيلاً بِالخُصُومةِ عند أبي حنيفة)، حتَّى لو أُقيمتْ عليه البيِّنةُ على استيفاءِ المُوكِّل أو إبرائِهِ تُقبَلُ عنده.

---

(١) أي: مطلقاً، سواء كانت الخصومةُ بالعين أو بالدَّين، فالوكيلُ فيهما وكيل بالقبض عند علمائنا الثلاثة.

(٢) أي: «التَّقاضي» في معنى «القبض» بالوضع.

(٣) فإنَّ النَّاس لا يفهمون المعنى الموضوع من التَّقاضي، بل يفهمون منه المطالبة. بناية.

(٤) أي: في قوله: «إذا وكَّل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرَّف فيما وكِّل به دونَ الآخر»، انظر ص (٣٩٢).

وقالا: لا يكونُ خَصْماً - وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة -؛ لأنَّ القبضَ غيرُ الخُصومةِ، وليس كلُّ مَن يُؤتَمَنُ على المالِ يهتدي في الخُصُومات، فلم يكنِ الرِّضا بالقَبضِ رِضاً بها.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه وكَّلَه بالتَّملُّك؛ لأنَّ الدُّيون تُقضَى بأمثالها، إذْ قَبضُ الدَّينِ نفسِهِ لا يُتصوَّرُ، إلَّا أنَّه جُعِل استيفاءً لِعَينِ حقِّهِ من وجهٍ، فأشبَهَ[١] الوَكيلَ بِأخذِ الشُّفعةِ[٢]، والرُّجوعِ في الهبةِ[٣]، والوكيلَ بالشِّراءِ[٤]، والقِسمةِ[٥]، والرَّدِّ بالعَيبِ[٦]، وهذه[٧] أشبَهُ بأخذِ الشُّفعةِ، حتَّى يكونُ[٨] خَصماً قبلَ القَبضِ، كما يكون خصماً قبلَ الأخذِ هنالك[٩].

والوكيلُ بالشِّراءِ لا يكونُ خَصماً قبل مباشرةِ الشِّراءِ، وهذا لأنَّ المبادلةَ تقتضي حُقوقاً، وهو أصيلٌ فيها، فيكون خَصماً فيها.

---

(١) أي: الوكيلُ بالقبض الدَّين.

(٢) يعني: أنَّه أشبَهَ ذلك في كونِهِ خَصماً، فإنَّه إذا أقام المشتري البيِّنَة على الوكيلِ بأخذِ الشُّفعةِ على تسليمِ المُوكِّلِ الشُّفعةَ، تُقبَل. فتح.

(٣) بالجرِّ عَطفٌ على «أَخذِ الشُّفعة»، أي: فأشبَهَ أيضاً الوكيلَ بالرُّجوعِ في الهبةِ، فإنَّه إذا أقام الموهوبُ له البيِّنَةَ على الوكيلِ بالرُّجوعِ، على أنَّ المُوكِّلَ الواهبَ أخَذَ العِوَضَ تُقبَل. فتح.

(٤) بالنَّصب عَطفٌ على «الوكيل بأخذِ الشُّفعة»، أي: فأشبَهَ أيضاً الوكيلَ بالشِّراء، فإنَّه خَصمٌ يُطالِبُ بحقوق العقد. فتح.

(٥) بالجرِّ عَطفٌ على «الشِّراء»، أي: فأشبَهَ أيضاً الوكيلَ بالقسمة، فإنَّ أحدَ الشَّريكين إذا وكَّلَ رجلاً بأنْ يُقاسِمَ مع شريكِهِ، وأقامَ الشَّريكُ البيِّنَةَ عليه بأنَّ المُوكِّل قبَضَ نصيبَهُ، فإنَّها تُقبل. فتح.

(٦) بالجرِّ عطفٌ على «الشِّراء» أيضاً، أي: فأشبَهَ أيضاً الوكيلَ بالرَّدِّ بالعيب على البائع، فإنَّ البائعَ إذا أقام البيِّنَةَ عليه بأنَّ المُوكِّل رضي بالعيب تُقبل. فتح.

(٧) أي: مسألة الكتاب، وهي مسألةُ الوكيلِ بِقَبضِ الدَّين.

(٨) أي: الوكيلُ بالقبض.

(٩) أي: قبل أخذِ العقارِ في التَّوكيل بأخذِ الشُّفعةِ.

والوَكيلُ بِقَبضِ العَينِ لا يكونُ وَكيلاً بالخُصُومةِ، حتَّى إنَّ مَنْ وَكَّلَ وكيلاً بِقَبضِ عَبدٍ له، فَأقامَ الذي هو في يَدِهِ البيِّنةَ أنَّ المُوكِّلَ باعَهُ إيَّاهُ، وَقَفَ الأمرُ حتَّى يَحضُرَ الغائبُ، وكذلكَ العِتاقُ والطَّلاقُ وغيرُ ذلك. ....

قال: (والوَكيلُ بِقَبضِ العَينِ لا يكونُ وَكيلاً بالخُصُومةِ) بالاتِّفاق؛ لأنَّه أمينٌ مَحْضٌ، والقبضُ ليس بمبادلةٍ، فأشبَهَ الرَّسولَ، (حتَّى إنَّ مَنْ وَكَّلَ وكيلاً بِقَبضِ عَبدٍ له، فَأقامَ الذي هو في يَدِهِ البيِّنةَ أنَّ المُوكِّلَ باعَهُ إيَّاهُ، وَقَفَ الأمرُ حتَّى يَحضُرَ الغائبُ[1])، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أنْ يُدفَعَ[2] إلى الوكيلِ؛ لأنَّ البيِّنةَ قامتْ لا على خَصمٍ[3]، فلم تُعتبر[4].

وجهُ الاستحسان: أنَّه[5] خَصمٌ في قَصرِ يدِهِ[6]؛ لقيامه مَقامَ المُوكِّل في القَبضِ، فتُقصَر يدُهُ[7] وإن لم يثبت البيعُ، حتَّى لو حضَرَ الغائبُ تُعادُ البيِّنةُ على البيع، فصار كما إذا أقام[8] البيِّنةَ على أنَّ المُوكِّل عزَلَه عن ذلك، فإنَّها تُقبلُ في قَصرِ يدِهِ، كذا هذا.

قال: (وكذلكَ العِتاقُ والطَّلاقُ وغيرُ ذلك)، ومعناه: إذا أقامت المرأةُ البيِّنةَ على الطَّلاقِ، والعبدُ والأمةُ على العتاق على الوكيل بِنَقلِهِم[9]، تُقبَل في قَصرِ

---

(١) أي: الآمر.

(٢) أي: العبدُ.

(٣) معناه: أنَّ الوكيلَ بقَبضِ الوديعةِ ليس بخَصمٍ.

(٤) أي: بيِّنةُ ذي اليد.

(٥) أي: الوكيلُ بقبضِ العبد.

(٦) أي: في حَقِّ قَصرِ يدِ نفسِهِ عن العبد. فتح.

(٧) يعني: يصير أثرُ البيِّنةِ مجرَّدَ قصرِ يدِهِ لا إثبات البيع. فتح.

(٨) أي: صاحبُ اليد.

(٩) معناه: إذا أقاموا البيِّنةَ على الوكيل بِنَقلِهِم إلى المُوكِّل، يعني: إذا أراد الوكيلُ بِنَقلِ المرأةِ إلى زَوجِها المُوكِّلِ نَقلَها إليه، وأراد الوكيلُ بِقَبضِ العبدِ والأمةِ نَقلَهما إلى مَولاهما المُوكِّلِ قَبْضَهما ونَقْلَهما =

وإذا أَقَرَّ الوكيلُ بالخُصُومةِ على مُوكِّلِهِ عندَ القاضي، جازَ إقرارُهُ عليه، ولا يَجوزُ عندَ غَيرِ القاضي. ....

يدِهِ، حتَّى يَحضُرَ الغائبُ استحساناً، دونَ العتقِ والطَّلاقِ.

قال: (وإذا أَقَرَّ الوكيلُ بالخُصُومةِ على مُوكِّلِهِ عندَ القاضي، جازَ إقرارُهُ عليه، ولا يَجوزُ عندَ غَيرِ القاضي) عند أبي حنيفةَ ومحمَّد استحساناً، إلَّا أنَّه يَخرُجُ عن الوكالة. وقال أبو يوسف: يجوزُ إقرارُهُ عليه وإنْ أقرَّ في غيرِ مجلِسِ القضاء.

وقال زفر والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ[1]: لا يجوزُ في الوجهين، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ أوَّلاً، وهو القياس؛ لأنَّه مأمورٌ بالخُصومةِ، وهي مُنازَعةٌ، والإقرارُ يُضادُّهُ لأنَّه مسالَمَةٌ، والأمرُ بالشَّيءِ لا يتناولُ ضِدَّهُ، ولهذا لا يَملِكُ[2] الصُّلحَ والإبراءَ.

ويصحُّ[3] إذا استثنى الإقرارَ[4].

وكذا[5] لو وَكَّله بالجوابِ مُطلَقاً يتقيَّدُ بجوابٍ هو خُصومةٌ؛ لِجَرَيانِ العادةِ

= إليه، فأقامت المرأةُ البيِّنةَ على الوَكيلِ بِنَقلِها على أنَّ زَوجَها طلَّقها، وأقام العبدُ والأمةُ البيِّنةَ على الوكيلِ بنَقلِهما على أنَّ مولاهما أعتَقَهما. فتح.

(١) قال النووي في الروضة (٣/ ٥٥٠) الكتب العلمية: لو أقرَّ وكيلُ المُدَّعي بالقبض، أو الإبراءِ، أو قَبولِ الحوالة، أو المُصالحةِ على مال، أو بأنَّ الحقَّ مؤجَّلٌ، أو أقرَّ وكيلُ المُدَّعى عليه بالحقِّ للمدَّعي، لم يُقبل، سواءٌ أقرَّ في مجلس الحكم، أم في غيره، كما لا يصحُّ إبراؤه ومصالحته؛ لأنَّ اسمَ الخصومة لا يتناولهما، فكذا الإقرار.

ثمَّ وكيلُ المدَّعي إذا أقرَّ بالقبض، أو الإبراءِ، انعزَلَ، وكذا وكيلُ المُدَّعى عليه إذا أقرَّ بالحقِّ انعزل، لأنَّه بعد الإقرار ظالمٌ في الخصومة.

(٢) أي: الوكيل بالخصومة.

(٣) أي: التَّوكيلُ بالخصومة.

(٤) بأن قال: وكَّلتُك بالخصومة بشرط أن لا تُقرَّ عليَّ.

(٥) أي: وكذا الخلاف قائم فيما لو وكَّله بالجواب ... إلخ.

بذلك[١]، ولهذا يَختارُ فيها الأهدى فالأهدى[٢].

وجهُ الاستحسان: أنَّ التَّوكيلَ صحيحٌ قطعاً، وصحَّتُه بِتَناولِهِ ما يَملِكُه[٣] قطعاً، وذلك[٤] مُطلَقُ الجوابِ، دونَ أحدِهِما عيناً[٥]، وطريقُ المجازِ موجودٌ[٦] على ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالى، فَيُصرَفُ إليه[٧] تحرِّياً للصِّحَّة قطعاً.

ولوِ استثنى الإقرارَ، فعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّه لا يَملِكُه[٨]. وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يصحُّ؛ لأنَّ لِلتَّنصيصِ زيادةَ دلالةٍ على مِلكِه إيَّاه[٩]، وعند الإطلاقِ يُحمَلُ على الأولى[١٠].

---

(١) معناه: أنَّ العادة في مثل هذا التَّوكيل أن تكون بالخصومة - يعني: الإنكار - دونَ المصالحة، والله أعلم.

(٢) أي: يختار في الخصومة الأيقظ والأرشد في طرق الخصومة.

(٣) أي: الموكِّل.

(٤) أي: ما يملكُهُ الموكِّلُ هو مطلَقُ الجواب، وقد وكَّل به. ومطلَقُ الجواب يتناول الإنكارَ والإقرارَ جميعاً، وعليه فإنَّ إنكارَ الموكِّل كما يصحُّ من حيث إنَّه جوابٌ، فكذا يصحُّ الإقرارُ من حيث إنَّه جوابٌ. بناية بتصرف.

(٥) أي: دونَ أحدِ الجوابَينِ بعينه؛ لأنَّه ربَّما يكون أحدُهُما بعينِهِ حراماً؛ لأنَّ خَصْمَه إن كان مُحقّاً يجب عليه الجوابُ بالإقرار، وإن كان مُبطِلاً يجب عليه الجوابُ بالإنكار، فلا يملك المُعيَّنَ منهما قطعاً، فلا يصحُّ التَّوكيلُ به قطعاً، بل يصحُّ من وجهٍ دون وجهٍ، وحيث صحَّ من كلِّ وجهٍ عُلِم أنَّه يتناولُ مملوكَهُ من كلِّ وجه، وهو مُطلَقُ الجوابِ الدَّاخلِ تحته كلُّ واحدٍ منهما. فتح.

(٦) أي: وطريق المجازِ بين الخصومةِ ومطلَقِ الجوابِ ثابتٌ؛ لأنَّ الخصومةَ سببُ الجواب، وإطلاقُ السَّببِ وإرادةُ المسبَّبِ طريقٌ من طرُقِ المجازِ. بناية.

(٧) أي: فيُصرَف التَّوكيلُ بالخصومة إلى التَّوكيل بمُطلَق الجواب، تحرِّياً لصحَّةِ كلامِ الموكِّل قطعاً.

(٨) أي: الموكِّلُ لا يملكُ الاستثناءَ؛ لأنَّ مِلكَه يستلزمُ بقاءَ الإنكارِ عيناً، وقد لا يَحِلُّ ذلك كما مرَّ آنفاً. بناية.

(٩) أي: زيادة دلالةٍ على تملُّكِ الموكِّلِ الإنكارَ.

(١٠) أي: عند إطلاقِ التَّوكيلِ بالخصومةِ من غيرِ استثناءِ الإقرارِ، يُحمل كلامُهُ على ما هو الأولى، وهو مطلَقُ الجواب. بناية.

وعنه[1] : أنَّه فصَّل بين الطَّالب والمطلوب، ولم يُصحِّحه في الثَّاني؛ لكونه مجبوراً عليه[2]، ويُخيَّر الطَّالب فيه[3].

فبعد ذلك[4] يقول أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنَّ الوكيلَ قائمٌ مقامَ المُوكِّل، وإقرارُهُ لا يختَصُّ بمجلسِ القضاءِ، فكذا إقرارُ نائبِهِ.

وهما يقولان[5] : إنَّ التَّوكيلَ يتناولُ جواباً يُسمَّى خصومةً حقيقةً أو مجازاً، والإقرارُ في مَجلِسِ القضاءِ خُصومةٌ مجازاً، إمَّا لأنَّه خرجَ في مُقابَلَةِ الخُصومةِ[6] أو لأنَّه[7] سببٌ له[8]، لأنَّ الظَّاهرَ إتيانُهُ[9] بالمستَحَقِّ عند طلبِ المُستحِقِّ - وهو الجواب - في مجلِسِ القضاءِ[10]، فيختَصُّ به[11]. لكن إذا أُقيمتِ البيِّنةُ على إقرارِهِ[12] في غيرِ مجلِسِ القضاءِ يَخرُجُ من الوكالة، حتَّى لا يُؤمَرُ[13] بدفع

---

(1) أي: عن محمد أنَّه فصَّل في استثناء الإقرارِ عند التَّوكيل بالخصومة.

(2) أي: على الإقرار.

(3) أي: يخيَّر بين الإقرار والإنكار، فيكون الاستثناء مفيداً. بناية.

(4) شروعٌ في بيان مأخَذِ الاختلافِ الواقعِ بين الأئمَّةِ الثَّلاثة، أي: بعد ما ثبتَ أنَّ التَّوكيلَ بالخصومةِ يَنصرِفُ إلى مُطلَقِ الجوابِ، أو بعد ما ثبتَ جوازُ إقرارِ الوكيلِ بالخصومةِ على مُوكِّلِه. فتح.

(5) في الفرق بين مجلس القضاء وغيره.

(6) أي: جواباً عنها، فسمِّيَ باسمها كما سُمِّي جزاءُ العدوانِ عدواناً في قوله تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البَقَرَة: ١٩٤]، وكما سُمِّي جزاءُ السَّيِّئةِ سيِّئةً في قوله تعالى ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشّورى: ٤٠]. فتح.

(7) أي: لأنَّ الخصومة - بمعنى التَّخاصم - سببٌ للإقرار. بناية.

(8) وقد سُمِّي المُسبَّبُ باسم السَّبب، كما يقال: «صلاةُ العيد سنَّةٌ» مع أنَّها واجبةُ، باعتبار أنَّها تثبتُ بالسُّنَّة. فتح.

(9) أي: الخصم.

(10) فتكون الخصومةُ سبباً له حيث أفضى إليه ظاهراً. فتح.

(11) أي: فيختصُّ الجواب في مجلس القضاء.

(12) أي: إقرار الوكيل.

(13) أي: الخصمُ.

ومَنْ كَفَلَ بمالٍ عن رجلٍ، فَوَكَّلَهُ صاحبُ المالِ بَقبضِهِ عن الغَريمِ، لم يكنْ وَكيلاً في ذلك أبداً. ومَنِ ادَّعى أنَّهُ وَكيلُ الغائِبِ في قَبضِ دَينِهِ، فَصَدَّقَهُ الغريمُ، أُمِرَ بِتَسليمِ الدَّينِ إليه، ....

المالِ إليه[١]؛ لأنَّه صار مناقضاً[٢]، وصار[٣] كالأب أو الوصيِّ إذا أقرَّ في مجلسِ القضاءِ، لا يصحُّ ولا يُدفَعُ المالُ إليهما.

قال: (ومَنْ كَفَلَ بمالٍ عن رجلٍ، فَوَكَّلَهُ صاحبُ المالِ بَقبضِهِ عن الغَريمِ، لم يكنْ وَكيلاً في ذلك أبداً)؛ لأنَّ الوكيلَ مَنْ يعملُ لِغيرِهِ، ولو صَحَّحناها[٤] صار عاملاً لنفسِهِ في إبراءِ ذِمَّتِهِ، فانعدَمَ الرُّكنُ[٥]، ولأنَّ قَبولَ قولِهِ[٦] مُلازِمٌ للوكالةِ لكونه أميناً، ولو صحَّحناها لا يُقبَلُ لِكَونهِ مُبرِّئاً نفسَهُ، فَيَنعدِمُ بانعدامِ لازمِهِ[٧].

وهو[٨] نظيرُ عبدٍ مَديونٍ أعتقَهُ مولاهُ حتَّى ضَمِنَ قيمَتَه للغرماءِ، ويُطالَبُ العبدُ بِجَميعِ الدَّينِ، فلو وَكَّلَه الطَّالبُ بِقَبضِ المالِ عن العبدِ كان باطلاً؛ لِما بيَّناه[٩].

قال: (ومَنِ ادَّعى أنَّهُ وَكيلُ الغائِبِ في قَبضِ دَينِهِ، فَصَدَّقَهُ الغَريمُ، أُمِرَ بِتَسليمِ الدَّينِ إليه)؛ لأنَّه إقرارٌ على نفسِهِ ....

---

(١) أي: إلى الوكيل.

(٢) أي: في كلامه، فلو بقي وكيلاً لبقي وكيلاً بجوابٍ مقيَّدٍ، وهو الإقرار، والحال أنَّه ما وكَّله بجوابٍ مقيَّدٍ، وإنَّما وكَّله بالجواب مطلقاً. بناية عن الكافي.

(٣) أي: الوكيلُ المقِرُّ في غيرِ مجلسِ القضاءِ.

(٤) أي: الوكالةَ.

(٥) أي: ركنُ الوكالةِ، وهو العمل للغير. بناية.

(٦) أي: قول الوكيل.

(٧) أي: فينعدمُ التَّوكيلُ بانعدامِ لازمِه، وهو قبولُ قولِ الوكيلِ؛ لأنَّ اللُّزومَ ينتفي بانتفاء اللازم. بناية.

(٨) أي: بطلانُ الكفالةِ فيما نحن فيه، نظيرُ بطلانها في عبد مديون.

(٩) أي: من أنَّه يصير عاملاً لنفسه؛ لأنَّه مبرِّئٌ لها.

فإنْ حَضَرَ الغائبُ فَصَدَّقَهُ، وإلَّا دَفَعَ إليه الغَريمُ الدَّينَ ثانياً، ويَرجِعُ بهِ على الوكيلِ إنْ كانَ باقياً في يَدِهِ، وإنْ كانَ ضاعَ في يَدِهِ لَمْ يَرجِعْ عليهِ، إلَّا أنْ يَكونَ ضَمَّنَه عندَ الدَّفعِ. ....

لأنَّ ما يَقضيهِ خالِصُ مالِهِ[١]، (فإنْ حَضَرَ الغائبُ فَصَدَّقَهُ، وإلَّا دَفَعَ إليه الغَريمُ الدَّينَ ثانياً)؛ لأنَّه لم يَثبُتِ الاستيفاءُ حيثُ أنكَرَ الوكالةَ، والقَولُ في ذلك قولُهُ[٢] مع يَمينِهِ، فَيفسُدُ الأداءُ (ويَرجِعُ بهِ على الوكيلِ إنْ كانَ باقياً في يَدِهِ)؛ لأنَّ غَرَضَه من الدَّفعِ بَراءةُ ذِمَّتِهِ، ولم تحصُلْ، فله أن يَنقُضَ قَبْضَه، (وإنْ كانَ ضاعَ في يَدِهِ لَمْ يَرجِعْ عليهِ)؛ لأنَّه بِتصديقِهِ اعتَرَفَ أنَّه مُحِقٌّ في القَبضِ[٣]، وهو مظلومٌ في هذا الأخذِ[٤]، والمَظلومُ لا يَظلِمُ غيرَهُ.

قال: (إلَّا أنْ يَكونَ ضَمَّنَه عندَ الدَّفعِ)؛ لأنَّ المأخوذَ ثانياً مَضمونٌ عليه[٥] في زَعمِهما[٦]، وهذه كفالةٌ أضيفتْ إلى حالةِ القَبضِ، فتَصِحُّ بمنزلةِ الكفالةِ بما ذابَ لَهُ على فُلانٍ.

ولو كان الغريمُ لم يُصدِّقْه على الوكالةِ ودَفَعَه إليه على ادِّعائهِ، فإنْ رَجَعَ صاحبُ المالِ على الغَريمِ رَجَعَ الغَريمُ على الوكيلِ؛ لأنَّه لم يُصدِّقْه على الوكالةِ، وإنَّما دفعَه إليه على رجاءِ الإجازةِ[٧]، فإذا انقَطَعَ رجاؤُهُ رجَعَ عليه، وكذا إذا دفَعَه إليه على تكذيبِهِ إيَّاهُ في الوكالة، ....

---

(١) أي: خالصُ مالِ المديونِ.

(٢) أي: القولُ في إنكارِ الوكالةِ قولُ ربِّ الدَّينِ.

(٣) والمحِقُّ بالقبضِ لا رجوعَ عليه.

(٤) أي: أخذ ربِّ الدَّينِ ثانياً.

(٥) أي: على ربِّ الدَّين.

(٦) أي: في زَعمِ الوكيلِ والمديون؛ لأنَّ ربَّ الدَّينِ في حقِّهما غاصبٌ فيما يَقبِضُه ثانياً. فتح.

(٧) أي: على رجاءِ أن يُجيزَه صاحبُ المال.

ومَنْ قال: «إنِّي وَكيلٌ بِقَبضِ الوَديعةِ» فَصَدَّقَهُ المُودَعُ: فإنْ وَكَّلَ وَكيلاً يَقبِضُ مالَهُ، فادَّعَى الغَرِيمُ أنَّ صاحبَ المالِ قد اسْتَوفاهُ، فإنَّهُ يَدفَعُ المالَ إليهِ ....

وهذا[١] أظهرُ لِما قلنا[٢].

وفي الوجوهِ كلِّها ليس له أن يَستردَّ المدفوعَ حتَّى يَحضُرَ الغائبُ؛ لأنَّ المُؤدَّى صار حقًّاً للغائب، إمَّا ظاهراً أو مُحتَملاً، فصار كما إذا دفَعَهُ إلى فُضُوليٍّ على رجاءِ الإجازةِ، لم يَملِكِ الاستردادَ؛ لاحتمالِ الإجازةِ، ولأنَّ مَنْ باشَرَ التَّصرُّفَ لِغَرضٍ ليس له أن يَنقُضَه ما لم يقعِ اليأسُ عن غَرَضِه.

(ومَنْ قال: «إنِّي وَكيلٌ بِقَبضِ الوَديعةِ» فَصَدَّقَهُ المُودَعُ)، لم يُؤمَرْ بالتَّسليمِ إليه؛ لأنَّه[٣] أقرَّ له بمالِ الغيرِ، بخلاف الدَّين[٤].

ومَنِ ادَّعى أنَّه ماتَ أبوه وتَرَكَ الوديعةَ مِيراثاً له، ولا وارِثَ له غيرُهُ، وصدَّقه المُودَع، أُمِر بالدَّفع إليه؛ لأنَّه لا يبقى مالَهُ[٥] بعد موتِهِ، فقدِ اتَّفقا على أنَّه مالُ الوارث.

ولوِ ادَّعى أنَّه اشترى الوَديعةَ مِنْ صاحِبِها، فصَدَّقه المُودَعُ، لم يُؤمَرْ بالدَّفعِ إليه؛ لأنَّه ما دام حيّاً كان إقراراً بِملكِ الغيرِ؛ لأنَّه مِن أهلِهِ[٦]، فلا يُصدَّقانِ في دعوى البيعِ عليه.

قال: (فإنْ وَكَّلَ وَكيلاً يَقبِضُ مالَهُ، فادَّعَى الغَرِيمُ أنَّ صاحبَ المالِ قد اسْتَوفاهُ، فإنَّهُ يَدفَعُ المالَ إليهِ)؛ لأنَّ الوكالةَ قد ثبتَتْ، والاستيفاءُ لم يثبُتْ بِمُجرَّدِ دعواه،

---

(١) أي: جوازُ رُجوعِ المَديونِ على الوكيلِ في صورةِ التَّكذيبِ أظهَرُ من جوازِ رجوعِهِ عليه في الصُّورتين الأولَيين، وهما صورةُ التَّصديقِ مع التَّضمينِ وصورةُ السُّكوت. فتح.

(٢) إشارة إلى قوله: «وإنَّما دَفَع إليه على رجاءِ الإجازة». بناية.

(٣) أي: المودَع.

(٤) حيثُ يُؤمَرُ المديونُ بالتَّسليمِ إلى الوكيلِ الذي صَدَّقَه في وكالته، وقد مَرَّ.

(٥) أي: مال المودِع.

(٦) أي: لأنَّ الحيَّ من أهل الملك.

وَيَتْبَعُ رَبَّ المالِ فَيَستَحلِفُهُ، وإنْ وَكَّلَهُ بِعَيبٍ في جاريةٍ، فادَّعَى البائعُ رضا المُشترِي، لم يَرُدَّ عليه حتَّى يَحلِفَ المُشتري، بخلافِ مسألةِ الدَّين. ....

فلا يُؤخَّرُ الحقُّ، قال: (ويَتْبَعُ[١] رَبَّ المالِ فَيستَحلِفُهُ) رعايةً لجانبِه، ولا يَستحلِفُ الوكيلَ؛ لأنَّه نائبه[٢].

قال: (وإنْ وَكَّلَهُ بِعَيبٍ في جاريةٍ[٣]، فادَّعَى البائعُ رضا المُشترِي، لم يَرُدَّ عليه حتَّى يَحلِفَ المُشتري[٤]، بخلافِ مسألةِ الدَّين)[٥]؛ لأنَّ التَّدارُكَ مُمكِنٌ هنالك[٦] باستردادِ ما قبَضَهُ الوكيلُ إذا ظهَرَ الخطأ عندَ نُكولِهِ، وهاهنا غيرُ مُمكِنٍ لأنَّ القضاءَ بالفَسخِ ماضٍ على الصِّحة وإنْ ظَهَر الخطأُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ كما هو مَذهبُهُ[٧]، ولا يُستحلَفُ المشتري عنده بعد ذلك؛ لأنَّه لا يفيد.

وأمَّا عندهما قالوا: يجبُ أنْ يتَّحِد الجوابُ على هذا في الفَصلينِ[٨] ولا يُؤخَر[٩]؛ لأنَّ التَّدارُكَ مُمكِنٌ عندهما؛ لِبُطلانِ القضاءِ[١٠].

---

(١) أي: الغريمُ.

(٢) أي: والنِّيابةُ لا تجري فيها الأيمان.

(٣) أي: إنْ وكَّلَه بردِّ جاريةٍ بسببِ عيبٍ.

(٤) يعني: لا يقضي القاضي بالرَّدِّ عليه حتَّى يَحضرَ المشتري ويَحلِفَ على أنَّه لم يرضَ بالعيب. فتح.

(٥) حيثُ يُؤمَرُ الغريمُ بدَفعِ الدَّينِ إلى الوكيل قبلَ تَحليفِ ربِّ الدَّين. فتح.

(٦) أي: في مسألة الدَّين.

(٧) انظر (٢٦/٢) قوله: (ومن ادَّعت عليه امرأةٌ أنَّه تزوجها ...) إلخ، ومفادُها: أنَّ القضاء بالعقودِ والفسوخ بشهادة الزُّورِ بغير علم القاضي، نافذٌ عند الإمام.

(٨) أي: في فَصلِ الدَّينِ وفي فَصلِ الرَّدِّ بالعيب.

(٩) أي: لا يُؤخَّر القضاءُ بالرَّدِّ إلى تحليفِ المشتري كما لا يُؤخَّرُ القضاءُ بدفعِ الدَّينِ إلى تحليفِ ربِّ الدَّين. فتح.

(١٠) يعني: أنَّ عدمَ التَّأخير إلى تحليفِ ربِّ الدَّين في فصل الدَّين إنما كان لأنَّ التَّدارك ممكن عند ظهور الخطأ في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل، وهذا المعنى موجودٌ في فصل الرَّدِّ بالعيب أيضاً؛ لأن قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما إنما ينفذ ظاهراً لا باطناً، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري رُدَّت الجارية عليه فلا يُؤخَّر إلى التحليف.

ومَنْ دَفَعَ إلى رجلٍ عَشَرَةَ دراهمٍ يُنفِقُها على أهلِهِ، فأنفَقَ عليهم عشَرَةً مِنْ عندِهِ، فالعَشَرَةُ بالعَشَرَةِ.

وقيل: الأصحُّ عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ أن يُؤخِّر في الفصلين؛ لأنَّه يَعتَبِرُ النَّظَرَ[1]، حتَّى يَستحلِفُ المشتري لو كان حاضراً من غيرِ دعوى البائعِ[2]، فَيَنتظِرُ للنَّظَر[3].

قال: (ومَنْ دَفَعَ إلى رجلٍ عَشَرَةَ دراهمٍ يُنفِقُها على أهلِهِ، فأنفَقَ عليهم عشَرَةً مِنْ عندِهِ، فالعَشَرَةُ بالعَشَرَةِ)؛ لأنَّ الوكيلَ بالإنفاقِ وكيلٌ بالشِّراءِ، والحكمُ فيه ما ذكرناه[4]، وقد قرَّرناه[5]، فهذا كذلك[6].

وقيل: هذا استحسانٌ، وفي القياس ليس له ذلك، ويصيرُ متبرِّعاً. وقيل: القياسُ والاستحسانُ[7] في قضاءِ الدَّين لأنَّه ليس بشراء، فأمَّا الإنفاقُ يتضمَّنُ الشِّراءَ فلا يَدخُلانه[8]، واللهُ أعلم بالصَّواب.

---

(١) في الفتح: أي: النَّظَرَ للبائع، كذا في الشُّروح. أقول: الأولى أن يقال: النَّظرَ للخَصْم؛ ليكونَ أنسَبَ بالتَّعميم لِلفَصلين، كما سينكشف لك. اهـ.

(٢) يعني: أنَّ مِن مذهبِ أبي يوسف أنَّ القاضي لا يَردُّ المبيعَ على البائع إذا كان المشتري حاضراً وأراد الرَّدَّ، ما لم يُستحلَفْ بالله «ما رضيتُ بهذا العيبِ» وإنْ لم يدَّعِ البائعُ، فإذا كان المشتري أو ربُّ الدَّينِ غائباً فأولى أن لا يردَّ عليه ما لم يُستحلَفْ، صيانةً لقضائِهِ عن البُطلانِ ونظَراً للبائع والمديون. فتح.

(٣) في الفتح: أي: فينتظِرُ في الفصلين نظراً للبائع والمديون. اهـ وذكر أقوال غيره من الشُّراح ثمَّ قال: لا يخفى ما في كلِّ واحدٍ منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورةٍ من الفَصلين من غير ضرورةٍ داعيةٍ إليه، فالوجهُ ما قرَّرناه فتبصَّر.

(٤) وهو أنَّه يرجع على الموكِّل بما أدَّاه.

(٥) أي: في باب الوكالة بالبيع والشِّراء، عند قوله: «وإذا دفع الوكيلُ بالشِّراء من ماله وقبض المبيعَ، فله أن يرجع به على الموكِّل»، انظر ص (٣٧٠).

(٦) أي: ما نحن فيه من التَّوكيل بالإنفاق كذلك. بناية.

(٧) أي: القياسُ والاستحسانُ المذكوران يجريان في قضاء الدَّينِ فقط، ففي قضاءِ الدَّين يكون متبرِّعاً قياساً، ووكيلاً استحساناً.

(٨) أي: فلا يدخلُ القياسُ والاستحسانُ في الإنفاق، بل يكونُ فيه حكمُ القياسِ كحكمِ الاستحسانِ في أنَّ الوكيلَ لا يكونُ مُتبرِّعاً بالإنفاق من مال نفسه. فتح.

باب عزل الوكيل

ولِلمُوكِّلِ أنْ يَعزِلَ الوَكيلَ عنِ الوكالةِ، فإنْ لم يَبلُغْهُ العَزْلُ فهو على وَكالَتِهِ، وتَصَرُّفُهُ جائزٌ حتَّى يَعْلَمَ، ويُسلِّم المبيعَ، فَيضمَنُه وَكالَتِهِ، وتَصَرُّفُهُ جائزٌ حتَّى يَعْلَمَ. ......

(باب عزل الوكيل)

قال: (ولِلمُوكِّلِ أنْ يَعزِلَ الوَكيلَ عنِ الوكالةِ)؛ لأنَّ الوكالةَ حقُّه فله أن يُبطِلَه، إلَّا إذا تعلَّقَ به حقُّ الغيرِ، بأن كان وكيلاً بالخُصومةِ بِطَلَبٍ من جهةِ الطَّالبِ[١]؛ لِما فيه من إبطالِ حقِّ الغيرِ، وصارَ[٢] كالوكالة التي تَضمَّنَها عقدُ الرَّهن[٣].

قال: (فإنْ لم يَبلُغْهُ العَزْلُ فهو على وَكالَتِهِ، وتَصَرُّفُهُ جائزٌ حتَّى يَعْلَمَ)؛ لأنَّ في العَزلِ إضراراً به من حيثُ إبطالُ وِلايتِهِ، أو من حيثُ رُجوعُ الحُقوقِ إليه، فَيَنقُدُ من مالِ المُوكِّلِ[٤]، ويُسلِّم المبيعَ[٥]، فَيَضمَنُه فيَتَضرَّرُ به[٦].

ويستوي الوكيلُ بالنِّكاحِ وغيرِهِ للوجهِ الأوَّل[٧]، وقد ذكرنا اشتراطَ العَدَدِ

---

(١) أي: بالتماسٍ من جهةِ المدَّعي. ومعناه: أن يوكِّل المدَّعى عليه وكيلاً بالخصومة بطلبٍ من الخصم، الذي هو المدَّعي، فإذا غاب المدَّعى عليه لا يجوز له عزلُ وكيلِهِ لئلا يضيعَ حقُّ المدَّعي.

(٢) أي: صار التَّوكيلُ الذي كان بطلب من جهة الطَّالب.

(٣) أي: كالوكالة المشروطة في عَقدِ الرَّهنِ، بأنْ وُضِع الرَّهنُ على يدي عَدلٍ، وشُرِط في الرَّهن أن يكون العدلُ مُسلَّطاً على بيعِ الرَّهنِ عند حُلولِ الدَّينِ، فإنْ أراد الرَّاهنُ عَزْلَ الوكيلِ عن الوكالةِ بالبيعِ فليس له ذلك؛ لأنَّ البيعَ صار حقّاً للمُرتهِن، وبالعَزلِ يُبطِلُ هذا الحقَّ. فتح بتصرف.

(٤) أي: إن كان وكيلاً بالشِّراء.

(٥) أي: إلى المشتري إن كان وكيلاً بالبيع.

(٦) أي: فلو كان معزولاً قبلَ العِلْم كان التَّصرُّف واقعاً له، فَيضمَنُ ما نَقَدَه وما سَلَّمَه، فيَتَضرَّرُ به، والضَّررُ مدفوعٌ شرعاً. فتح.

(٧) يعني: أنَّ الوكيل بالنِّكاح وغيرِهِ سِيَّانِ في عَدمِ انعزالِ الوكيلِ قبلَ العلمِ بالعَزلِ، نظَراً إلى الوجه الأول، وهو التَّضرُّر بالعزل من حيثُ إبطالُ ولايتِه.

وتَبطُلُ الوَكالةُ بِمَوتِ المُوكِّلِ، وجُنُونِهِ جُنوناً مُطبِقاً، ولَحَاقِهِ بِدارِ الحَربِ مُرْتَدّاً.

أو العدالةِ في المُخبِرِ فلا نُعيدُهُ[1].

قال: (وتَبطُلُ الوَكالةُ بِمَوتِ المُوكِّلِ، وجُنُونِهِ جُنوناً مُطبِقاً[2]، ولَحَاقِهِ بِدارِ الحَرْبِ مُرْتَدّاً)؛ لأنَّ التَّوكيلَ تَصَرُّفٌ غيرُ لازِمٍ، فيكونُ لِدَوامِهِ حكمُ ابتدائِهِ، فلا بدَّ من قيامِ الأمرِ، وقد بَطَلَ بهذِهِ العوارِضِ.

وشَرَطَ أن يكونَ الجُنونُ مُطبِقاً؛ لأنَّ قليلَهُ بمنزلةِ الإغماءِ، وحَدُّ المُطبِقِ شَهرٌ عند أبي يوسف اعتباراً بما يَسقُطُ به الصَّوم. وعنه: أكثَرُ من يومٍ وليلةٍ؛ لأنَّه تسقُطُ به الصَّلواتُ الخَمسُ، فصار كالمَيْتِ.

وقال محمَّد: حولٌ كاملٌ؛ لأنَّه يَسقُطُ به جميعُ العباداتِ، فَقُدِّر به احتياطاً.

قالوا: الحُكمُ المَذكورُ في اللَّحاقِ قولُ أبي حنيفة؛ لأنَّ تَصرُّفاتِ المُرتدِّ موقوفةٌ عندَهُ، فكذا وَكالتُهُ، فإنْ أسلَمَ نفَذَت، وإنْ قُتِل أو لَحِق بدار الحربِ بطَلَتِ الوكالةُ.

فأمَّا عندهما: تصرُّفاتُه نافذةٌ، فلا تَبطُلُ وكالتُهُ إلَّا أن يموتَ أو يُقتَلَ على رِدَّتِه أو يُحكَمَ بِلَحاقِهِ، وقد مرَّ في السِّيَر[3].

وإنْ كان المُوكِّلُ امرأةً فارتَدَّتْ، فالوكيلُ على وَكالتِهِ حتَّى تَموتَ، أو تَلحَقَ بدارِ الحربِ؛ لأنَّ رِدَّتَها لا تُؤثِّرُ في عُقُودِها على ما عُرِف[4].

---

(١) أشار به إلى ما ذكَرَه في فَصلِ القضاءِ بالمواريثِ من كتاب أدب القاضي بقوله: «ولا يكونُ النَّهيُ عن الوكالةِ حتَّى يشهَدَ عنده شاهدانِ أو رجلٌ عدلٌ ...» إلخ، انظر ص (٢٨٨).

(٢) أي: دائماً.

(٣) انظر (٢/ ٦٢١) عند قوله: «وما باعه أو اشتراه أو وَهَبَه أو تصرَّف فيه من أموالِهِ في حالِ رِدَّته فهو موقوف».

(٤) أي: في كتاب السِّير، انظر (٢/ ٦٢١).

وإذا وَكَّلَ المُكاتَبُ ثُمَّ عَجزَ، أوِ المأذُونُ له ثُمَّ حُجِرَ عليه، أو الشَّريكانِ فَافتَرَقا، فَهذِهِ الوُجوهُ تُبطِلُ الوكالَةَ على الوكيلِ، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ. وإذا ماتَ الوكيلُ أو جُنَّ جُنوناً مُطبِقاً بَطَلَتِ الوَكالةُ. وإنْ لَحِقَ بِدارِ الحَربِ مُرتَدًّا لم يَجُزْ له التَّصرُّفُ إلَّا أن يعودَ مُسلِماً. ....

قال: (وإذا وَكَّلَ المُكاتَبُ ثُمَّ عَجزَ، أوِ المأذُونُ له ثُمَّ حُجِرَ عليه، أو الشَّريكانِ فَافتَرَقا، فَهذِهِ الوُجوهُ تُبطِلُ الوكالَةَ على الوكيلِ، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ)؛ لِما ذكرنا أنَّ بقاءَ الوكالةِ يَعتمِدُ قيامَ الأمرِ، وقد بَطَلَ بالحَجرِ والعَجزِ والافتراقِ، ولا فَرْقَ بين العِلْمِ وعَدَمِهِ[١]؛ لأنَّ هذا عَزْلٌ حُكميٌّ، فلا يَتوقَّفُ على العِلْم، كالوكيل بالبيع إذا باعَهُ المُوكِّل[٢].

قال: (وإذا ماتَ الوكيلُ أو جُنَّ جُنوناً مُطبِقاً بَطَلَتِ الوَكالةُ)؛ لأنَّه لا يصحُّ أمرُهُ بعدَ جُنونِهِ ومَوتِهِ[٣].

(وإنْ لَحِقَ بِدارِ الحَربِ مُرتَدًّا لم يَجُزْ له التَّصرُّفُ إلَّا أن يعودَ مُسلِماً[٤])، قال: وهذا عند محمَّد، فأمَّا عند أبي يوسف: لا تعودُ الوكالةُ.

لمحمَّد: أنَّ الوكالةَ إطلاقٌ[٥]؛ لأنَّه رَفْعُ المانعِ[٦]، أمَّا الوكيلُ يَتصرَّفُ بِمَعانٍ قائمةٍ به[٧]، ....

---

(١) أي: بينَ عِلْمِ الوكيلِ وعَدَمِ عِلْمِه. بناية.

(٢) أي: إذا باع ما وَكَّل بِبَيعِهِ المُوكِّلُ، حيثُ يصيرُ الوكيلُ مَعزُولاً حُكماً لِفواتِ مَحلِّ تَصرُّفِ الوكيل. فتح.

(٣) معناه: أنَّ الأمرَ الذي أمَرَ به قبلَ جنونِهِ وقبلَ موتِهِ، لم يَعُدْ صحيحاً. عناية.

(٤) هذا إذا حكم القاضي بِلَحاقِهِ، فإنَّه قال شيخ الإسلام في المبسوط: وإنْ لَحِقَ الوكيلُ بدارِ الحربِ مُرتدًّا، فإنَّه لا يخرجُ عن الوكالةِ عندهم جميعاً ما لم يَقضِ القاضي بِلَحاقِهِ. فتح.

(٥) أي: إطلاقُ التصرُّف.

(٦) معناه: أنَّ الوكيل كان ممنوعاً شرعاً من التَّصرُّف فيما يَخصُّ موكِّلَه، فإذا وكَّله رفع ذلك المانع.

(٧) أي: قائمةٍ بالوكيل، من الحرِّيَّة والعقل والبلوغِ والقصدِ في ذلك التَّصرُّفِ، والكلُّ قائمٌ به.

وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيءٍ، ثمَّ تصَرَفَ بِنَفسِهِ فيما وَكَّلَ بِهِ، بَطَلَتِ الوَكالَةُ.

وإنَّما عجَزَ بعارضِ اللَّحاقِ لِتَبايُنِ الدَّارينِ[1]، فإذا زال العجزُ والإطلاقُ باقٍ عادَ وكيلاً.

ولأبي يوسف: أنَّه إثباتُ ولايةِ التَّنفيذِ[2]؛ لأنَّ ولايةَ أصلِ التَّصرُّفِ بأهليَّتِهِ، وولايةُ التَّنفيذِ بالمِلْكِ[3]، وبِاللَّحاقِ لَحِقَ بالأمواتِ وبطَلَتِ الولايةُ، فلا تعودُ كمِلْكِهِ في أمِّ الولدِ والمُدبَّرِ[4].

ولو عادَ المُوكِّلُ مُسلِماً وقد لَحِقَ بدارِ الحربِ مُرتدّاً لا تعودُ الوكالةُ في الظَّاهر.
وعن محمَّد: أنَّها تعودُ كما قال في الوكيل.

والفَرقُ له[5] على الظَّاهرِ أنَّ مَبنى الوكالةِ في حقِّ المُوكِّل على المِلْك، وقد زال، وفي حقِّ الوكيلِ على مَعنًى قائمٍ به، ولم يَزُلْ باللَّحاق.

قال: (وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيءٍ، ثمَّ تصَرَفَ بِنَفسِهِ فيما وَكَّلَ بِهِ، بَطَلَتِ الوَكالَةُ)، وهذا اللَّفظُ يَنتظِمُ وُجوهاً مِثلُ:

- أن يُوكِّلَه بإعتاقِ عبدِهِ أو بِكتابَتِهِ، فأعتَقَهُ أو كاتَبَهُ المُوكِّلُ بنفسِهِ.
- أو يُوكِّلَه بِتَزويجِ امرأةٍ أو بشراءِ شيءٍ، ففعلَهُ بنفسِهِ.

---

(١) يعني: أنَّ الإطلاقَ باقٍ من جهةِ المُوكِّل بعد عُروضِ هذا العارض، ولكن إنَّما عجَزَ الوكيلُ عن التَّصرُّف بهذا العارض. فتح.

(٢) أي: التَّوكيلُ هو تمليكُ ولايةِ تَنفيذِ التَّصرُّفِ في حقِّ المُوكِّل للوكيل، لا إثباتُ ولايةِ أصلِ التَّصرُّفِ له. فتح.

(٣) أي: ولايةُ التَّنفيذ لَصِيقةٌ بالمِلك، لأنَّ التَّمليكَ غيرُ متصوَّرٍ بلا مِلكٍ، فكان الوكيلُ مالكاً للتَّنفيذِ بالوكالة.

(٤) فإنَّه إذا لَحِق بدارِ الحربِ وقَضَى القاضي بِلَحاقِهِ تُعتَقُ أمُّ ولدِهِ ومُدبَّرُه، ثمَّ بِعَودِهِ مُسلِماً لا يعودُ مِلكُهُ فيهما ولا يرتفعُ العِتقُ، فكذلك الولايةُ التي بطلت لا تعود.

(٥) أي: لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

- أو يُوكِّلَه بطلاقِ امرأتِهِ فطلَّقَها الزَّوجُ ثلاثاً أو واحدةً وانقضَتْ عِدَّتُها[١]، أو بالخُلْع فخالَعَها بنفسِهِ؛ لأنَّه لمَّا تصرَّفَ بنفسِهِ تعذَّرَ على الوكيلِ التَّصرُّفُ، فبطلَتِ الوكالةُ، حتَّى لو تزوَّجَها بنفسِهِ وأبانَها لم يكنْ للوكيلِ أن يُزوِّجها منه؛ لأنَّ الحاجةَ قد انقضَتْ، بخلافِ ما إذا تزوَّجَها الوكيلُ وأبانَها، له أن يُزوِّجَ المُوكِّلَ لبقاءِ الحاجةِ.

وكذا[٢] لو وكَّلَه ببيعِ عبدِهِ فباعَهُ بنفسِهِ، فلو رُدَّ عليه بعيبٍ بقضاءِ قاضٍ:

- فعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ أنَّه ليس للوكيلِ أن يَبيعَهُ مرَّةً أخرى؛ لأنَّ بيعَهُ بنفسِهِ مَنْعٌ له من التَّصرُّفِ، فصار كالعَزلِ.

- وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ: له أن يَبيعَهُ مرَّةً أخرى؛ لأنَّ الوكالةَ باقيةٌ؛ لأنَّه إطلاقٌ، والعجزُ قد زال.

بخلاف ما إذا وكَّلَه بالهبةِ، فوَهَبَ بنفسِهِ، ثمَّ رجَعَ، لم يكنْ للوكيلِ أنْ يهَبَ ثانياً؛ لأنَّه مختارٌ في الرُّجوعِ، فكان ذلك[٣] دليلَ عدَمِ الحاجة. أمَّا الرَّدُّ بقضاءٍ بِغَيرِ اختيارِهِ، فلم يكن دليلَ زوالِ الحاجةِ، فإذا عاد إليه قديمُ مِلكِهِ كان له أن يبيعَهُ، والله أعلم.

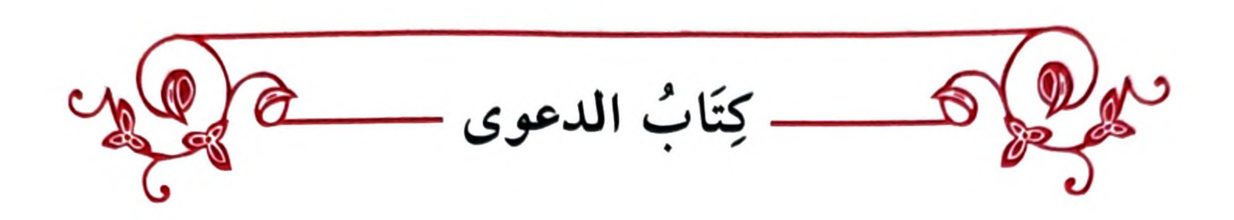


(١) قيَّد بقوله: «ثلاثاً أو واحدةً وانقضَتْ عدَّتُها» لأنَّه إذا وكَّلَه بالطَّلاقِ، ثمَّ طلَّقَها بنفسِهِ واحدةً أو ثِنتَينِ، بائنةً كانت أو رجعيَّةً، فإنَّ له أن يُطلِّقَها ما دامتْ في العِدَّة. والأصلُ فيه: أنَّ ما كان المُوكِّلُ فيه قادراً على الطَّلاقِ كان وكيلُهُ كذلك، وما لا فلا. عناية.

(٢) أي: وتبطل الوكالةُ فيما لو وكَّله ... إلخ.

(٣) أي: فكان الرُّجوع في الهبة دليلاً على عدم الحاجة إلى الهبةِ، فكان دليلاً على نَقضِ الوكالة.

كتاب الدعوى



كِتَابُ الدعوى

المُدَّعي مَنْ لا يُجبَرُ على الخُصُومةِ إذا تَرَكَها، والمُدَّعَى عليه مَنْ يُجبَرُ على الخُصُومةِ. ....

(كتاب الدعوى[1])

قال: (المُدَّعي مَنْ لا يُجبَرُ على الخُصُومةِ إذا تَرَكَها، والمُدَّعَى عليه مَنْ يُجبَرُ على الخُصُومةِ)، ومعرفةُ الفَرقِ بينهما مِنْ أهمِّ ما يُبْتَنَى عليه مسائلُ الدَّعوى، وقد اختلفتْ عباراتُ المشايخِ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ فيه، فمنها ما قال في الكتاب، وهو حدٌّ عامٌّ صحيحٌ.

وقيل: المُدَّعي مَنْ لا يَستحِقُّ إلَّا بِحُجَّةٍ كالخارج[2]، والمُدَّعى عليه مَنْ يكونُ مُستَحِقًّاً بِقَولِهِ من غيرِ حجَّةٍ كَذِي اليد[3].

وقيل: المُدَّعي مَنْ يَتمَسَّكُ بغَيرِ الظَّاهرِ، والمُدَّعى عليه مَن يَتمسَّكُ بالظَّاهرِ.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الأصل: المُدَّعَى عليه هو المُنكِرُ، وهذا صحيحٌ، لكن الشَّأنُ في مَعرفتِهِ والتَّرجيحِ بالفقهِ عندَ الحُذَّاقِ من أصحابنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ الاعتبارَ للمعاني دونَ الصُّورِ، فإنَّ المُودَعَ إذا قال: «رَددتُ الوديعةَ» فالقولُ له مع اليمين يُنكر وإنْ كان مُدَّعياً للرَّدِّ صورةً؛ لأنَّه يُنكِرُ الضَّمان معنى.

---

(١) هي لغة: قولٌ يَقصِدُ به الإنسانُ إيجابَ حقٍّ على غيره.
وشرعاً: إخبارٌ بحَقٍّ له على غيرِهِ عند الحاكم.

(٢) أي: كالذي يدَّعي عيناً في يدِ رجلٍ، فإنَّه لا يستحقُّها إلا بحجَّةٍ، يعني: البيِّنة والإقرار. بناية.

(٣) فاستحقاقُه لا يحتاج إلى بيِّنةٍ، بل يثبت حقُّه بقوله: «هذا ملكي وأنا واضع اليد عليه». بناية.

ولا تُقبَلُ الدَّعوى حتَّى يَذكُرَ شيئاً مَعلُوماً في جِنْسِهِ وقَدْرِهِ، فإنْ كان عيناً في يدِ المُدَّعَى عليه كُلِّفَ إحضارَها، ....

قال: (ولا تُقبَلُ الدَّعوى حتَّى يَذكُرَ شيئاً مَعلُوماً في جِنْسِهِ[1] وقَدْرِهِ[2])؛ لأنَّ فائدةَ الدَّعوى الإلزامُ بواسطةِ إقامةِ الحُجَّةِ، والإلزامُ في المَجهولِ لا يَتحقَّقُ[3].

(فإنْ كان[4] عيناً في يدِ المُدَّعَى عليه كُلِّفَ[5] إحضارَها) لِيُشيرَ[6] إليها بالدَّعوى، وكذا في الشَّهادةِ والاستحلاف[7]؛ لأنَّ الإعلامَ بأقصى ما يُمكِنُ شرطٌ، وذلك بالإشارةِ في المنقولِ؛ لأنَّ النَّقلَ مُمكِنٌ، والإشارةُ أبلَغُ في التَّعريف.

ويتعلَّقُ بالدَّعوى وُجوبُ الحُضورِ[8]، وعلى هذا القضاةُ عن آخِرِهم، في كلِّ عصرٍ، ووجوبُ الجوابِ[9] إذا حَضَرَ لِيُفيدَ حضورُهُ، ولُزومُ إحضارِ العَينِ المُدَّعاة لِما قلنا[10]، واليمينِ[11] إذا أنكَرَه، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

(١) كالدَّراهم والدَّنانير والحنطة ... وغير ذلك.

(٢) كأن يقول: عشرة دراهم أو دنانير، أمداد ... إلى غير ذلك.

(٣) هذا الذي ذكره إنَّما هو في دعوى الدَّين، لا في دعوى العين، فإنَّ العينَ إذا كانت حاضرةً تكفي الإشارةُ إليها بأنَّ هذه مِلكٌ لي، وإن كانت غائبةً يجب أن يذكرَ قِيمَتَها على ما سيفصَّل.

(٤) أي: المُدَّعى.

(٥) أي: المدَّعى عليه.

(٦) أي: المدَّعي.

(٧) يعني: إذا شَهِد الشُّهودُ على العينِ المُدَّعاةِ، أو استُحلِف المُدَّعى عليه عليها، كُلِّف إحضارَها إلى مجلِسِ الحكمِ لِيُشيرَ الشُّهودُ إليها عندَ أداءِ الشَّهادة، ولِيُشيرَ المُدَّعى عليه إليها عند الحَلِف. فتح.

(٨) أي: حضور الخصمِ مجلسَ القضاء.

(٩) أي: وجوبُ الجوابِ على المُدَّعى عليه بنعم أو بلا.

(١٠) إشارةٌ إلى قوله: «لِيُشير إليها بالدَّعوى».

(١١) بالجرِّ عطفٌ على إحضار العين المُدَّعاة، فالمعنى: ويتعلَّقُ بالدَّعوى الصَّحيحةِ أيضاً لُزُومُ اليمين على المُدَّعى عليه إذا أنكر ما ادَّعاه المُدَّعي وعجزَ المدَّعي عن البيِّنة.

وإنْ لم تكنْ حاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَها لِيَصيرَ المُدَّعَى مَعلُوماً، وإنِ ادَّعَى عقاراً حدَّدَهُ وذَكَرَ أَنَّه في يَدِ المُدَّعَى عليه، وأنَّهُ يُطالِبُهُ بِهِ، ....

قال: (وإنْ لم تكنْ حاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَها لِيَصيرَ المُدَّعَى مَعلُوماً)؛ لأنَّ العينَ لا تُعرَفُ بالوصف، والقيمةُ تُعرَفُ به[1]، وقد تعذَّرَ مشاهدةُ العينِ.

وقال الفقيه أبو اللَّيث: يُشترَطُ مع بيانِ القيمةِ ذِكرُ الذُّكورةِ والأنوثةِ.

قال: (وإنِ ادَّعَى عقاراً حدَّدَهُ وذَكَرَ أنَّه في يَدِ المُدَّعَى عليه، وأنَّهُ يُطالِبُهُ بِهِ)، لأنَّه تعذَّر التَّعريفُ بالإشارةِ لِتَعذُّرِ النَّقل، فَيُصارُ إلى التَّحديدِ، فإنَّ العَقارَ يُعرَف به، ويَذكُرُ الحدودَ الأربعةَ، ويذكُرُ أسماءَ أصحابِ الحدودِ وأنسابَهُم، ولا بدَّ من ذِكْرِ الجدِّ؛ لأنَّ تمامَ التَّعريفِ به عند أبي حنيفة على ما عُرِف، هو الصَّحيح، ولو كان الرَّجلُ مشهوراً يُكتَفى بِذكرِهِ.

فإنْ ذكَرَ ثلاثةً من الحُدودِ يُكتَفَى بها عندنا، خلافاً لزفر؛ لِوُجودِ الأكثرِ، بخلافِ ما إذا غَلِطَ في الرَّابعةِ؛ لأنَّه يَختلِفُ به المُدَّعى، ولا كذلك بِتَركِها.

وكما يُشتَرَطُ التَّحديدُ في الدَّعوى، يُشتَرَطُ في الشَّهادة.

وقولُهُ في الكتاب: «وذَكَرَ أنَّهُ في يدِ المُدَّعَى عليه» لا بُدَّ منه؛ لأنَّه[2] إنَّما يَنتصِبُ خَصماً إذا كان في يدِهِ، وفي العقارِ لا يُكتَفَى بذكرِ المُدَّعي وتَصديقِ المُدَّعَى عليه أنَّه في يَدِهِ، بل لا تَثبُتُ اليدُ فيه إلَّا بالبيِّنةِ[3]، أو عِلمِ القاضي[4]، هو الصَّحيح[5] نفياً لِتُهمةِ المُواضعةِ، إذِ العَقارُ عَساهُ في يدِ غيرِهِما، بخلاف المَنقولِ؛ لأنَّ اليدَ فيه مشاهَدَةٌ.

---

(١) أي: بالوصف.

(٢) أي: المدَّعى عليه.

(٣) بأن يشهدوا أنَّهم عاينوه في يده، حتى لو قالوا: «سمعنا ذلك» لم يقبل. بناية.

(٤) عَطفٌ على «البيِّنة»، أي: أو بِعِلْم القاضي أنَّ ذلك العَقارَ المُدَّعَى في يد المُدَّعى عليه. فتح.

(٥) احترازٌ عن قولِ بعضِ المشايخِ بأنَّه يكفي تصديقُ المُدَّعى عليه أنَّ المدَّعى في يده.

وإنْ كان حقًّاً في الذِّمَّةِ ذَكَرَ أنَّهُ يُطالِبُهُ بِهِ. وإذا صَحَّتِ الدَّعوى سأَلَ القاضي المُدَّعَى عليه عنها، فإنِ اعترَفَ قُضِيَ عليه بها، وإنْ أنكرَ سألَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ، ....

وقوله: «وأنَّه يُطالِبُه به»؛ لأنَّ المُطالَبَةَ حقُّه فلا بدَّ من طَلبِهِ، ولأنَّه[1] يَحتمِلُ أن يكون مرهوناً في يدِهِ[2]، أو مَحبوساً بالثَّمنِ في يدِهِ، وبالمُطالَبةِ يزولُ هذا الاحتمالُ، وعن هذا قالوا في المنقول: «يجبُ أن يقول: في يده بغير حقٍّ».

قال: (وإنْ كان[3] حقّاً في الذِّمَّةِ ذَكَرَ أنَّهُ يُطالِبُهُ بِهِ)؛ لِما قلنا[4]، وهذا لأنَّ صاحبَ الذِّمَّةِ قد حَضَرَ، فلم يَبقَ إلَّا المُطالبَةُ، لكن لا بدَّ من تَعريفِهِ بالوَصفِ[5] لأنَّه يُعرَف به[6].

قال: (وإذا صَحَّتِ الدَّعوى سألَ القاضي المُدَّعَى عليه عنها)؛ لِيَنكشِفَ له وجهُ الحُكمِ[7]، (فإنِ اعترَفَ قُضِيَ عليه بها)؛ لأنَّ الإقرارَ مُوجِبٌ بنفسِهِ، فيأمرُهُ بالخروج عنه، (وإنْ أنكرَ سألَ المُدَّعِي البيِّنَةَ)؛ لقوله ﷺ: «ألَكَ بيِّنةٌ»؟ فقال: لا، فقال: «لك يَمينُهُ»[8]، سأل ورتَّبَ اليمينَ على فَقدِ البيِّنةِ، فلا بدَّ من السُّؤالِ لِيُمكِنَه الاستحلاف.

---

(1) أي: المدَّعى.

(2) أي: يد المدَّعى عليه.

(3) أي: المدَّعى.

(4) إشارة إلى قوله قبل قليل: إنَّ المطالبةَ حقُّهُ فلا بدَّ من طلبه.

(5) أي: لا بدَّ من تعريفِهِ بالوَصفِ كما لا بدَّ من تَعريفِهِ بالجنسِ والقَدرِ.

(6) أي: لأنَّ ما في الذِّمَّة يُعرَف بالوصف، أي: الصِّفة، بأن يقال: إنَّه جيدٌ أو وسطٌ أو رديءٌ، بعد أن يَذكُرَ جِنسَهُ وقَدْرَه.
وإنَّما يحتاجُ إلى ذِكْر الصِّفة فيما إذا كان المُدَّعى دَيناً وَزنيّاً وكان في البلد نقودٌ مختلِفةٌ، أمَّا إذا كان في البلد نَقْدٌ واحدٌ فلا يحتاجُ إلى ذلك، كما ذُكِر في الشُّروحِ ومُعتبَراتِ الفتاوى. فتح.

(7) أي: لينكشف للقاضي طريقُ الحكمِ. فإنَّ الحكم يكونُ بأحد أمور ثلاثة: البيِّنة، والإقرار، والنُّكول. ولكلٍّ واحدٍ منها طريقٌ مخصوصٌ من القضاء، فلا بدَّ من السُّؤال لينكشف له طريقُ حكمِهِ.

(8) أخرج مسلم في الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (١٣٩) عن علقمة ابن وائل عن أبيه قال: جاء رجلٌ من حضرموت ورجلٌ من كِندَة إلى النَّبيِّ ﷺ، فقال الحَضرميُّ: =

فإنْ أحضَرَها قُضِي بها، وإنْ عَجَزَ عن ذلك وطَلَبَ يَمينَ خَصمِهِ استَحلَفَه عليها.

قال: (فإنْ أحضَرَها[١] قُضِي بها) لانتفاء التُّهمةِ عنها[٢] (وإنْ عَجزَ عن ذلك وطَلَبَ يَمينَ خَصمِهِ استَحلَفَه عليها)؛ لِما روينا[٣]، ولا بدَّ من طلَبِهِ لأنَّ اليمينَ حقُّه؛ ألا يُرى أنَّه كيف أضيف إليه بِحَرفِ اللام، فلا بدَّ من طلبِهِ.

= يا رسولَ اللهِ، إنَّ هذا قد غَلَبَني على أرضٍ لي كانت لأبي، فقال الكنديُّ: هي أرضي في يدي، أزرَعُها ليس له فيها حقٌّ، فقال رسولُ الله ﷺ للحضرمي: «ألَكَ بيِّنةٌ؟» قال: لا، قال: «فلَكَ يمينُهُ»، قال: يا رسول الله، إنَّ الرَّجلَ فاجرٌ لا يُبالي على ما حلَفَ عليه، وليس يَتورَّعُ من شيءٍ، فقال: ليس لك منه إلَّا ذلك، فانطلَقَ لِيَحلِفَ فقال رسول الله ﷺ لمَّا أدبَرَ: «أمَا لَئِن حَلَفَ على مالِهِ ليأكلَهُ ظُلماً لَيَلقيَنَّ اللهَ وهو عنه مُعرِضٌ».

(١) أي: أحضر المدَّعي البيِّنةَ على وفق دعواه. فتح.

(٢) أي: عن الدَّعوى لِرُجحانِ جانب الصِّدقِ في خبر المدَّعي بالبيِّنة. بناية.

(٣) يعني: الحديث السابق.

باب اليمين

وإذا قال المُدَّعِي: «لي بَيِّنَةٌ حاضِرَةٌ» وطَلَبَ اليَمينَ لم يُستَحلَفْ، ولا تُرَدُّ اليَمينُ على المُدَّعِي. ....

(باب اليمين)

(وإذا قال المُدَّعِي: «لي بَيِّنَةٌ حاضِرَةٌ» وطَلَبَ اليَمينَ لم يُستَحلَفْ) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، معناه: حاضِرَةٌ في المصر[1].

وقال أبو يوسف: يُستحلَفُ؛ لأنَّ اليمينَ حقُّهُ بالحديثِ المعروفِ[2]، فإذا طالَبَهُ به يُجيبُهُ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ ثبوتَ الحقِّ في العينِ مُرتَّبٌ على العَجزِ عن إقامةِ البَيِّنَةِ لِما روينا، فلا يكونُ حقُّه دونَهُ[3]، كما إذا كانت البيِّنةُ حاضرةً في المجلس.

ومحمد مع أبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ فيما ذكَرَه الخَصَّاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطَّحاويُّ.

قال: (ولا تُرَدُّ اليمينُ على المُدَّعِي)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البيِّنةُ على المُدَّعي، واليمينُ على مَن أنكَرَ»[4]، ....

---

(١) احترز به عن البيِّنة الحاضرة في مجلس الحكمِ، فحينئذ لا يجوزُ الحكمُ باليمين اتِّفاقاً. بناية.

(٢) أي: الحديث السابق، وهو ...

(٣) أي: لا يكونُ اليمينُ حقَّ المُدَّعي دونَ العجزِ عن إقامة البيِّنة، أي: بغيرِ العَجزِ عنها. فتح.

(٤) أخرج البيهقي في الصغرى، كتاب الدَّعوى والبينات، باب: البينةُ على المُدَّعي واليمينُ على من أنكر (٤٧١٥) عن ابن عباس أنَّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لو يُعطَى النَّاسُ بِدَعواهم، لادَّعى رجالٌ أموالَ قومٍ ودماءهم، ولكن البيِّنةُ على المُدَّعي، واليمينُ على مَن أنكر».

وأخرجه البخاري في التفسير، باب: سورة آل عمران (٤٢٧٧)، ومسلم - واللفظ له - في الأقضية، باب: اليمين على المُدَّعى عليه (١٧١١) عن ابن عباس أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لو يُعطَى النَّاس بِدَعواهم لادَّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالَهم، ولكنِ اليمينُ على المُدَّعَى عليه».

ولا تُقبَلُ بَيِّنةُ صاحبِ اليدِ في المِلْكِ المُطلَقِ، وبَيِّنةُ الخارجِ أولى. ....

قسَمَ[(١)]، والقِسمةُ تُنافي الشَّركةَ[(٢)]، وجعَلَ جنسَ الأيمانِ على المُنكرِينَ[(٣)]، وليس وراءَ الجنسِ شيءٌ[(٤)]، وفيه[(٥)] خلافُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قال: (ولا تُقبَلُ بَيِّنةُ صاحبِ اليدِ في المِلْكِ المُطلَقِ[(٦)]، وبَيِّنةُ الخارجِ أولى).

وقال الشَّافعيُّ: يُقضى ببيِّنةِ ذي اليدِ؛ لاعتِضادِها باليد، فيتقوَّى الظُّهورُ وصارَ كالنَّتاجِ[(٧)] والنِّكاحِ[(٨)] ودعوى المِلْكِ مع الإعتاقِ[(٩)] والاستيلادِ[(١٠)] والتَّدبيرِ[(١١)].

---

(١) أي: قسَمَ النبيُّ ﷺ بين الخَصمينِ، فجعلَ البيِّنةَ على المدَّعي واليمينَ على من أنكَرَ.

(٢) لأنَّ الشَّركةَ تقتضي عدمَ التَّمييزِ، والقسمةُ تقتضي التَّمييزَ، وهما مُتنافيان. فتح.

(٣) بيانه: أنَّه ذكر اليمين محلًّى بالألف واللام، وأنَّه للجنس إذا لم يكن ثمَّةَ معهود.

(٤) أي: شيءٌ من أفرادِ ذلك الجنس، فيكون المعنى: أنَّ جميعَ الأيمانِ على المنكرين، فلو رُدَّ اليمينُ على المُدَّعي لَزِمَ المُخالفةُ لهذا النَّصِّ. فتح.

(٥) أي: في عدَمِ ردِّ اليمين على المُدَّعي خِلافُ الشَّافعيِّ، هو يقول: ...

(٦) أراد بـ «المِلك المُطلَق» أن يدَّعي المِلكَ من غير أن يتعرَّضَ للسَّببِ، بأن يقول: «هذا مِلكي»، ولا يقول: هذا مِلكي بسببِ الشِّراء، أو الإرثِ، أو نحو ذلك.
وقيَّد المِلكَ بالمُطلَق احترازٌ عن المُقيَّد بدعوى النَّتاج، وعن المُقيَّد بما إذا ادَّعيا تلقِّي المِلكَ من واحدٍ وأحَدُهما قابضٌ، وبما إذا ادَّعيا الشِّراءَ من اثنين وأرَّخا، وتاريخُ ذي اليدِ أسبَقُ، فإن في هذه الصُّورةِ تُقبَل بيِّنةُ ذي اليدِ بالإجماع. فتح.

(٧) بأن أقاما بيِّنةً على نتاج دابَّة وهي في يدِ أحدهما، يقضى لصاحب اليد.

(٨) بأن ادَّعيا نكاحَ امرأةٍ، وأقاما البيِّنةَ، وهي في يد أحدهما، يقضى لصاحب اليد.

(٩) بأن يكونَ عبدٌ في يدِ رجلٍ، فأقام الخارجُ البيِّنةَ أنَّه عبدُهُ أعتقَهُ، وأقام ذو اليد البيِّنةَ أنَّه أعتقَهُ وهو يَملِكُه، فبيِّنةُ ذي اليد أولى.

(١٠) عطفٌ على الإعتاق، والمعنى: أو دعوى المِلْك مع الاستيلادِ، بأن تكون أمةٌ في يدِ رجلٍ، فأقام كلُّ واحدٍ من الخارجِ وذي اليدِ البيِّنةَ أنَّها أمتُهُ استولَدَها، فبيِّنةُ ذي اليد أولى.

(١١) أي: أو دعوى المِلْك مع التَّدبير، بأن يكون عبدٌ في يدِ رجلٍ، فأقام كلُّ واحد من الخارجِ وذي اليدِ البيِّنةَ أنَّه عبدُهُ دبَّرَه، فبيِّنةُ ذي اليد أولى.

وإذا نَكَلَ المُدَّعَى عليه عَنِ اليَمينِ، قُضِيَ عليه بالنُّكولِ وألزَمَهُ ما ادَّعَى عليه. ويَنبغِي لِلقاضِي أنْ يقولَ لهُ: «إنِّي أعرِضُ عليكَ اليمينَ - ثلاثاً - فإنْ حَلفتَ، وإلَّا قَضَيتُ عليكَ بما ادَّعاهُ»، ....

ولنا: أنَّ بيِّنَةَ الخارجِ أكثرُ إثباتاً أو إظهاراً؛ لأنَّ قَدْرَ ما أثبتَتْهُ اليدُ لا يُثبِتُهُ بيِّنةُ ذي اليد، إذ اليدُ دليلُ مطلَقِ المِلْك، بخلاف النِّتاجِ لأنَّ اليدَ لا تدلُّ عليه، وكذا على الإعتاقِ وأختيه وعلى الولاءِ الثَّابت بها.

قال: (وإذا نَكَلَ المُدَّعَى عليه عَنِ اليَمينِ، قُضِيَ عليه بالنُّكولِ وألزَمَهُ ما ادَّعَى عليه)، وقال الشَّافعيُّ: لا يُقضَى به، بل يُرَدُّ اليمينُ على المُدَّعي، فإذا حَلَفَ يَقضِي به؛ لأنَّ النُّكولَ يَحتمِلُ التَّورُّعَ عن اليمين الكاذبةِ، والتَّرفُّعَ عن الصَّادقةِ، واشتباهُ الحالِ، فلا يَنتصِبُ[1] حجَّةً مع الاحتمال، ويمينُ المُدَّعي دليلُ الظُّهورِ، فَيُصارُ إليه.

ولنا: أنَّ النُّكولَ دلَّ على كونِهِ باذِلاً[2] أو مُقِرّاً، إذْ لولا ذلك لأقدَمَ على اليمين إقامةً للواجِبِ ودفعاً للضَّررِ عن نفسِهِ، فترجَّحَ هذا الجانبُ، ولا وجهَ لردِّ اليمينِ على المدَّعِي؛ لِما قدَّمناه[3].

قال: (ويَنبغِي لِلقاضِي أنْ يقولَ لهُ: «إنِّي أعرِضُ عليكَ اليمينَ» ثلاثاً، فإنْ حَلفتَ وإلَّا قَضَيتُ عليكَ بما ادَّعاهُ)، وهذا الإنذارُ لإعلامِهِ بالحُكمِ، إذْ هو[4] مَوضِعُ الخَفاء.

---

(١) أي: نكولُ المدَّعى عليه.

(٢) معنى أنَّ النُّكول بذلٌ - وهو ما ذهب إليه الإمام كما سيأتي - أي: هو قطعُ الخصومةِ بدفعِ ما يدَّعيه الخصمُ؛ لأنَّ اليمينَ لا تبقى واجبةً مع النُّكول، وما كان كذلك فهو إمَّا بذلٌ أو إقرارٌ لحصول المقصود. عناية.

(٣) أي: من قوله ﷺ: «البيِّنةُ على المدَّعي، واليمين على من أنكر»، انظر ص (٤٢٠).

(٤) أي: الحكمُ بالنُّكول خافياً.

فإذا كرَّرَ العَرْضَ عليه ثلاثَ مَرَّاتٍ قَضَى عليه بالنُّكولِ. وإنْ كانت الدَّعوى نِكاحاً لم يُستَحْلَفِ المُنكِرُ. ....

قال: (فإذا كرَّرَ العَرْضَ عليه ثلاثَ مَرَّاتٍ قَضَى عليه بالنُّكولِ)، وهذا التَّكرارُ ذكَرَه الخَصَّافُ رَحِمَهُ اللهُ لزيادةِ الاحتياطِ والمُبالغةِ في إبلاءِ العُذرِ، فأمَّا المذهبُ أنَّه لو قُضِي بالنُّكولِ بعد العَرضِ مرَّةً جازَ؛ لِما قدَّمناه[١]، هو الصَّحيح، والأوَّلُ أولى.

ثمَّ النُّكولُ قد يكون حقيقيّاً كقوله: «لا أحلِفُ»، وقد يكونُ حُكميّاً بأن يَسكُتَ، وحُكمُهُ حكمُ الأوَّلِ إذا عُلِم أنَّه لا آفةَ به من طَرَشٍ أو خَرَسٍ، هو الصَّحيح.

قال: (وإنْ كانت الدَّعوى نِكاحاً لم يُستَحْلَفِ المُنكِرُ) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، ولا يُستَحلَفُ عنده في النِّكاحِ[٢] والرَّجعةِ[٣] والفَيءِ في الإيلاءِ[٤] والرِّقِّ[٥] والاستيلادِ[٦] والنَّسبِ[٧] والوَلاءِ[٨] والحُدودِ[٩] واللِّعانِ[١٠].

---

(١) أي: من أنَّ النُّكولَ بَذلٌ أو إقرارٌ. بناية.

(٢) بأن يدَّعي رجلٌ على امرأةٍ أنَّه تزوَّجها، أو بالعكس.

(٣) بأن يدَّعي بعد الطَّلاقِ وانقضاءِ العدَّةِ، أنَّه كان راجَعَها في العِدَّةِ وأنكرت، أو بالعكس.

(٤) بأن يدَّعي بعد انقضاءِ مدَّةِ الإيلاءِ أنَّه كان فاءَ إليها في المُدَّة وأنكرت، أو بالعكس.

(٥) بأن يدَّعي على مَجهولِ النَّسبِ أنَّه عبدُهُ وأنكرَ المَجهولُ، أو بالعكس.

(٦) بأن ادَّعت أمَةٌ على مولاها أنَّها ولدت منه ولداً وأنكر المولى، ولا يجري فيه العكسُ، كما سيذكره المصنِّف بعد قليل.

(٧) بأن يدَّعي على مجهولٍ أنَّه ولده أو والده وأنكرَ المجهولُ، أو بالعكس.

(٨) بأن يدَّعي على مجهولِ النَّسب أنَّه مُعتَقُه ومولاه، وأنكر المجهولُ، أو بالعكس. وكذلك الحكم في ولاء الموالاة، إذِ الوَلاء يشمَلُ وَلاءَ العَتاقةِ ووَلاءَ الموالاةِ.

(٩) بأن يدَّعي على آخَرَ ما يُوجِب حدّاً من الحدود وأنكره الآخرُ.

(١٠) بأن ادَّعت على زوجها أنَّه قَذَفَها بما يُوجِب اللِّعانَ، وأنكر الزوج.

وقالا: يُستحلَفُ في ذلك كلِّه، إلَّا في الحدودِ واللِّعان.

وصورةُ الاستيلادِ أن تقولَ الجاريةُ: «أنا أمُّ ولدٍ لِمَولايَ، وهذا ابني منه»، وأنكَرَ المولى، لأنَّه لو ادَّعَى المولى ثبَتَ الاستيلادُ بإقرارِهِ ولا يُلتفَتُ إلى إنكارها.[1]

لهما: أنَّ النُّكولَ إقرارٌ؛ لأنَّه يدلُّ على كونه كاذباً في الإنكارِ على ما قدَّمناه[2]، إذ لولا ذلك لأقدَمَ على اليمينِ الصَّادقةِ إقامةً للواجِبِ، فكان إقراراً أو بدَلاً عنه، والإقرارُ يجري في هذه الأشياءِ، لكنَّهُ[3] إقرارٌ فيه شُبهةٌ، والحدودُ تَندرئُ بالشُّبهاتِ، واللِّعانُ في معنى الحدِّ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه[4] بَذْلٌ؛ لأنَّ معه لا تبقى اليمينُ واجبةً لِحُصولِ المَقصودِ، وإنزالُهُ باذِلاً أولى كي لا يصيرَ كاذباً في الإنكار، والبَذلُ لا يَجري في هذه الأشياء[5]، وفائدةُ الاستحلافِ القضاءُ بالنُّكول[6]، فلا يُستحلَف.

إلَّا[7] أنَّ هذا بَذلٌ لِدَفعِ الخُصومةِ، فَيملِكُه المكاتَبُ والعبدُ المأذونُ بمنزلةِ الضِّيافةِ اليسيرةِ.

---

(١) إنَّما خَصَّ صورةَ الاستيلادِ بالذِّكرِ من بين أخواتِهِ، تنبيهاً على أنَّه لا مَساغَ للدَّعوى في هذه الصُّورةِ إلَّا من جانبٍ واحدٍ، بخلاف أخواته فإنَّ للدَّعوى فيها مساغاً من الجانبين. بناية.

(٢) يعني: قوله: «إذ لولا ذلك لأقدَمَ على اليمينِ إقامةً للواجب، ودفعاً للضَّرر عن نفسه»، انظر ص (٤٢٢).

(٣) أي: النُّكول.

(٤) أي: النُّكول.

(٥) فإنَّه لو قالت مثلاً: «لا نكاح بيني وبينكَ، ولكنِّي بذلتُ لك نفسي» لم يصحَّ بَذلُها. وكذا لو قال: «أنا حرُّ الأصل، ولكن هذا يُؤذيني بالدَّعوى فبذلتُ له نفسي لِيَسترِقَّني»، وكذا الباقي.

(٦) أي: ولمَّا لم يَجزِ البذلُ في هذه الأشياءِ، لم يُتصوَّر فيها القضاءُ بالنُّكولِ الذي هو البَذلُ، فلا يُستحلفُ فيها لعدم الفائدة.

(٧) هذا جوابُ سؤال مقدَّر، وهو: أنَّ النُّكولَ لو كان بذلاً لَما مَلَكه المُكاتبُ والعبدُ المأذون؛ لِما أنَّ في البَذلِ معنى التَّبرُّعِ، وهما لا يملكانه. فتح.

ويُستحَلَفُ السَّارقُ، فإنْ نَكَلَ ضَمِنَ ولم يُقطَعْ. وإذا ادَّعتِ المرأةُ طلاقاً قبلَ الدُّخولِ استُحلِفَ الزَّوجُ، فإنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصفَ المَهرِ في قَولِهِم جميعاً. ....

وصحَّتُه[1] في الدَّين بناءً على زعمِ المُدَّعي، وهو ما يَقبِضُه حقَّاً لنفسه، والبَذلُ معناه هاهنا تَركُ المَنعِ، وأمرُ المال هيِّنٌ[2].

قال: (ويُستحَلَفُ السَّارقُ، فإنْ نَكَلَ ضَمِنَ ولم يُقطَعْ)؛ لأنَّ المَنوطَ بفعلِهِ شَيئان: الضَّمانُ ويَعمَلُ فيه النُّكول، والقَطعُ ولا يَثبُتُ به، فصار كما إذا شَهِدَ عليها رجلٌ وامرأتان.

قال: (وإذا ادَّعتِ المرأةُ طلاقاً قبلَ الدُّخولِ استُحلِفَ الزَّوجُ، فإنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصفَ المَهرِ في قَولِهِم جميعاً)؛ لأنَّ الاستحلافَ يَجري في الطَّلاقِ عندهم، لا سيَّما إذا كان المقصودُ هو المال.

وكذا في النِّكاح إذا ادَّعتْ هي الصَّداق؛ لأنَّ ذلك دعوى المال، ثمَّ يَثبُتُ المالُ بنُكولِهِ ولا يَثبُتُ النِّكاح.

وكذا في النَّسب إذا ادَّعى حقَّاً كالإرثِ[3]، والحَجْرَ في اللَّقيط[4]، والنَّفقةَ[5]،

---

(١) جوابُ سؤالٍ مقدَّر، وهو: أنَّ النُّكولَ لو كان بذلاً لَما جرى في الدَّين؛ لأنَّ محلَّه الأعيانُ لا الدُّيونُ، إذ الدَّينُ وصفٌ في الذِّمَّةِ، والبذلُ والإعطاءُ لا يَجريان في الأوصاف. فتح.

(٢) جواب عمَّا يقال: هلَّا جُعل أيضاً تركاً للمنع في الأشياء السَّبعة المذكورة.

(٣) أي: وكذا يُستحلَفُ في النَّسب بالإجماع، إذا ادَّعى مع النَّسب حقَّاً آخَرَ كالإرث، بأنِ ادَّعى رجلٌ على رجلٍ أنَّه أخُ المُدَّعى عليه، مات أبوهما وترَكَ مالاً في يدِ المُدَّعى عليه، فإنَّه يُستحلَفُ بالإجماع، فإن حَلَف بَرِئَ، وإن نكَلَ يُقضَى بالمال دونَ النَّسب. بناية.

(٤) بأن ادَّعت امرأةٌ حرَّةُ الأصلِ صبيَّاً لا يُعبِّرُ عن نفسه، كان في يد رجلٍ التَقَطَه، أنَّه أخوها وأنَّها أولى بحضانتِهِ، فإنَّه يُستحلَفُ بالإجماع، فإنْ نكَلَ ثبَتَ لها حقُّ نَقلِ الصَّبيِّ إلى حِجْرها دونَ النَّسب. بناية.

(٥) بأن ادَّعى زَمِنٌ على مُوسِرٍ أنَّه أخوه وأنَّ نفقتَه عليه، فأنكر المُدَّعَى عليه الأخوَّةَ، يُستحلَفُ بالإجماع، فإنْ نكَلَ يُقضَى بالنَّفقةِ دونَ النَّسب. بناية.

وَمَنِ ادَّعى قِصاصاً على غَيرِهِ فَجَحَدَهُ استُحلِفَ، ثُمَّ إنْ نَكَلَ عن اليمينِ فيما دونَ النَّفسِ يَلزَمُهُ القِصاصُ، وإنْ نكلَ في النَّفسِ حُبِسَ حتَّى يَحلِفَ أو يُقِرَّ. ....

وامتناعَ الرُّجوعِ في الهبة[1]؛ لأنَّ المقصودَ هذه الحقوقُ.

وإنَّما يُستحلَفُ في النَّسبِ المُجرَّدِ عندهما إذا كان يَثبُتُ بإقرارِهِ[2]، كالأبِ والابنِ في حقِّ الرَّجُل[3]، والأبِ في حقِّ المرأة؛ لأنَّ في دعواها الابنَ تَحميلَ النَّسبِ على الغير، والمولى والزَّوجُ في حقِّهما[4].

قال: (وَمَنِ ادَّعى قِصاصاً على غَيرِهِ فَجَحَدَهُ استُحلِفَ) بالإجماع، (ثُمَّ إنْ نَكَلَ عن اليمينِ فيما دونَ النَّفسِ يَلزَمُهُ القِصاصُ، وإنْ نكلَ في النَّفسِ حُبِسَ حتَّى يَحلِفَ أو يُقِرَّ) وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: لَزِمَه الأرشُ فيهما؛ لأنَّ النُّكولَ إقرارٌ فيه شُبهةٌ عندهما، فلا يَثبُتُ به القِصاصُ ويَجِبُ به المالُ، خصوصاً إذا كان امتناعُ القِصاص لمعنىً من جهةِ مَن عليه[5]، كما إذا أقرَّ بالخطأ والوليُّ يدَّعي العمدَ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ الأطرافَ يُسلَكُ بها مَسلَكَ الأموالِ، فيجري فيها البَذلُ، بخلافِ الأنفُسِ فإنَّه لو قال: «اِقطعْ يدي» فقَطَعَها، لا يجبُ الضَّمان، وهذا إعمالٌ لِلبَذلِ[6]، ....

---

(١) بأن أرادَ الواهبُ الرُّجوعَ في الهبةِ، فقال الموهوبُ له: «أنتَ أخي» يريدُ بذلك إبطالَ حقِّ الرُّجوعِ، فإنَّه يُستحلَفُ بالإجماع، فإنْ نكَلَ ثبَتَ امتناعُ الرُّجوعِ دونَ النَّسب. بناية.

(٢) أي: إذا كان يَثبُتُ النَّسبُ بمجرَّدِ إقرارِ المُدَّعى عليه، فإنَّ النُّكولَ عندهما إقرارٌ، فكلُّ نسبٍ لو أقَرَ به المُدَّعى عليه ثبَتَ، يَثبُتُ بالنُّكول أيضاً. فتح.

(٣) فإنَّ الرَّجل إذا أقرَّ بأنَّ فلاناً أبوه أو ابنُه، صحَّ إقرارُهُ وثبت نسبُ المقرِّ له منه بمجرَّدِ إقراره.

(٤) أي: في حقِّ الرَّجلِ والمرأة، وهذا القيد - أعني: قوله: «في حقِّهما - متعلِّقٌ بالمولى والزَّوج جميعاً، فإنَّ إقرارَ الرَّجل والمرأةِ بالمولى والزَّوجِ يصحُّ. فتح.

(٥) أي: من جهة مَن عليه القِصاص.

(٦) وأمَّا لو قال: «اقتلني» فقتَلَهُ فإنَّه يجبُ عليه القِصاصُ في روايةٍ، والدِّيةُ في أخرى، وهذا دليلٌ =

وإذا قال المُدَّعي: «لي بيِّنةٌ حاضرةٌ» قيل لِخَصمِهِ: «أعطِهِ كَفيلاً بِنَفسِكَ ثلاثةَ أيَّام»

إلَّا أنَّه لا يُباحُ لعدمِ الفائدةِ[1]، وهذا البَذلُ مفيدٌ لاندفاعِ الخُصومةِ به، فصار كقَطعِ اليدِ لِلآكلَةِ وقَلعِ السِّنِّ لِلوَجَعِ، وإذا امتنَعَ القِصاصُ في النَّفسِ، واليمينُ حقٌّ مُستَحَقٌّ، يُحبَسُ به كما في القَسامةِ[2].

قال: (وإذا قال المُدَّعي: «لي بيِّنةٌ حاضرةٌ» قيل لِخَصمِهِ: «أعطِهِ كَفيلاً بِنَفسِكَ ثلاثةَ أيَّام») كي لا يُغيِّبَ نفسَهُ فيضيعَ حقُّه[3].

والكفالةُ بالنَّفس جائزةٌ عندنا، وقد مرَّ من قَبلُ[4]، وأخذُ الكَفيلِ بمجرَّدِ الدَّعوى استحسانٌ عندنا؛ لأنَّ فيه نظَراً للمدَّعي، وليس فيه كثيرُ ضَرَرٍ بالمدَّعَى عليه، وهذا لأنَّ الحُضورَ مستحَقٌّ عليه بمجرَّدِ الدَّعوى، حتَّى يُعدَى عليه، ويُحالَ بينه وبينَ أشغالِهِ، فصَحَّ التَّكفيلُ بإحضارِهِ.

والتَّقديرُ بثلاثةِ أيَّام مَرويٌّ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو الصَّحيح.

ولا فرقَ في الظَّاهر بينَ الخامِلِ والوَجيهِ، والحَقيرِ من المال والخطيرِ.

ثمَّ لا بدَّ من قولِهِ: «لي بيِّنةٌ حاضرةٌ» للتَّكفيل، ومعناه[5]: في المِصْر، حتَّى لو قال المُدَّعي: «لا بيِّنةَ لي» أو «شهودي غُيَّبٌ» لا يَكفَلُ لِعَدَم الفائدة[6].

= على عدَمِ جَريانِ البَذلِ في الأنفس. فتح.

(1) هذا جوابُ إشكالٍ تقديره: لو كانت الأطرافُ يُسلَك بها مَسلكَ الأموالِ، لكان ينبغي أن يُباح قطعُ يدِهِ إذا قال: «اقطع يدي» كما يُباح أخذُ ماله إذا قال: «خُذ مالي». بناية بتصرف.

(2) فإنَّهم إذا نَكَلوا عن اليمين يُحبَسون حتَّى يُقِرُّوا أو يَحلِفُوا.

(3) أي: حقُّ المدَّعي، ويجبُ أن يكونَ الكفيلُ ثقةً معروفَ الدَّارِ، حتَّى تحصُلَ فائدةُ التَّكفيل، وهي الاستيثاقُ، كذا في الكافي وغيره. فتح.

(4) انظر أوَّلَ كتابِ الكفالة، ص (٢١١).

(5) أي: معنى قول: «حاضرة»، حاضرةٌ في المصر.

(6) لأنَّ الفائدة هي الحضورُ عندَ حضورِ الشُّهود، وذلك في الهالك محالٌ، والغائبُ كالهالك من وجهٍ، إذ ليس كلُّ غائب يؤوب. بناية.

فإنْ فَعَلَ، وإلَّا أُمِرَ بِمُلازمَتِهِ، إلَّا أن يكونَ غريباً، فَيُلازِمُ مِقدارَ مَجلِسِ القاضي.

قال: (فإنْ فَعَلَ[1]، وإلَّا أُمِرَ بِمُلازمَتِهِ) كي لا يَذهبَ حقُّهُ، ....
(إلَّا أن يكونَ غريباً[2]، فَيُلازِمُ مِقدارَ مَجلِسِ القاضي[3])، وكذا لا يَكفَلُ إلَّا إلى آخِرِ المجلس، فالاستثناءُ مُنصرِفٌ إليهما[4]؛ لأنَّ في أخذِ الكفيلِ والمُلازمةِ زيادةً على ذلك إضراراً به بِمَنعِهِ عن السَّفرِ، ولا ضَرَرَ في هذا المقدارِ ظاهراً، وكيفيَّةُ الملازَمَةِ نذكرُها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

---

(١) أي: فإن أعطى الكفيل.
(٢) أي: إلا أن يكون المدَّعي غريباً، أي: مسافراً.
(٣) لأنَّ ملازمَتَهُ بهذا المقدار لا يقطَعُه عن رِفقَتِهِ لأنَّه مسافراً، وفي ذلك نظرٌ له.
(٤) أي: إلى الملازمة والتكفيل.

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمينُ بالله ﷻ دُونَ غَيرِهِ وقد تُؤكَّدُ بِذِكْرِ أوصافِهِ ، ولا يُستَحْلَفُ بالطَّلاقِ ولا بِالعِتاقِ. ....

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

قال: (واليمينُ بالله ﷻ دُونَ غَيرِهِ)؛ لقوله ﷺ: «مَن كان منكم حالِفاً فَليَحلِفْ بالله أو لِيَذَرْ»[١]، وقال ﷺ: «مَن حَلَفَ بِغَيرِ اللهِ فقد أشركَ»[٢].

(وقد تُؤكَّدُ بِذِكْرِ أوصافِهِ)، وهو التَّغليظُ، وذلك مِثلُ قوله: «قُل: واللهِ الذي لا إلهَ إلَّا هو، عالِمُ الغيبِ والشَّهادةِ، الرَّحمنُ الرَّحيمُ، الذي يَعلَمُ من السِّرِّ والخفاءِ ما يَعلَمُ من العلانية، ما لِفُلانٍ هذا عليكَ ولا قِبَلَكَ هذا المالُ الذي ادَّعاه، وهو كذا وكذا، ولا شيءَ منه».

وله أن يَزِيدَ في التَّغليظِ على هذا، وله أن يَنقُصَ منه، إلَّا أنَّه يُحتاطُ فيه[٣] كي لا يَتكرَّرَ عليه اليمينُ، لأنَّ المُستَحَقَّ يمينٌ واحدةٌ.

والقاضي بالخيار إنْ شاءَ غلَّظَ، وإن شاء لم يُغلِّظ، فيقول: «قل: بالله» أو «والله»، وقيل: لا يُغلِّظُ على المعروفِ بالصَّلاح ويُغلِّظُ على غيره، وقيل: يُغلِّظُ في الخَطيرِ من المالِ دونَ الحَقيرِ.

قال: (ولا يُستَحْلَفُ بالطَّلاقِ ولا بِالعِتاقِ) لِما روينا[٤]، وقيل: في زماننا إذا ألَحَّ الخصمُ ساغَ للقاضي أن يُحلِّفَ بذلك؛ لقِلَّةِ المُبالاةِ باليمين بالله، وكَثرةِ الامتناعِ

---

(١) تقدم الحديث في (٢/٣٥٨).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٨٦) (٥٥٩٣)، والترمذي في النذور والأيمان، باب: ما جاء في كراهية الحلف بغير الله (١٥٣٥)، وأبو داود في الأيمان والنذور، باب: في كراهية الحلف بالآباء (٣٢٥١)، وغيرهم.

(٣) المرادُ بالاحتياط أن يَذكُر بغير واو، إذ لو ذكر «والله والرَّحمنِ والرَّحيم» بالواوات، صارت ثلاثةَ أيمانٍ، وتكرارُ اليمينِ غيرُ مشروع، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط. فتح.

(٤) وهو قولُه ﷺ: «مَن كان حالفاً فَليَحلِفْ بالله أو لِيَذَرْ».

ويُستَحْلَفُ اليَهودِيُّ باللهِ الذي أَنزَلَ التَّوراةَ على موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ، والنَّصرانيُّ بالله الذي أَنزَلَ الإنجيلَ على عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ، والمَجُوسيُّ باللهِ الذي خَلَقَ النَّارَ، والوَثَنِيُّ لا يُحلَّفُ إلَّا باللهِ، ....

بسببِ الحَلِفِ بالطَّلاق.

قال: (ويُستَحْلَفُ اليَهودِيُّ باللهِ الذي أَنزَلَ التَّوراةَ على موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ، والنَّصرانيُّ بالله الذي أَنزَلَ الإنجيلَ على عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ)؛ لقوله ﷺ لابن صُوريا الأعور: «أنشُدُكَ بالله الذي أنزَلَ التَّوراةَ على موسى أنَّ حُكمَ الزِّنا في كتابكم هذا»[1]، ولأنَّ اليهوديَّ يَعتقِدُ نبوَّةَ موسى، والنَّصرانيَّ نبوَّةَ عيسى عليهما السَّلام، فَيُغلَّظُ على كلِّ واحدٍ منهما بذِكْرِ المُنزَلِ على نبيِّه، (و) يُستحلَفُ (المَجُوسيُّ باللهِ الذي خَلَقَ النَّارَ)، وهكذا ذكَرَ محمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الأصل.

ويُروى عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في النَّوادر: أنَّه لا يَستحلِفُ أحداً إلَّا بالله خالِصاً.

وذَكَر الخَصَّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه لا يُستحلَفُ غيرُ اليهوديِّ والنَّصرانيِّ إلَّا بالله، وهو اختيارُ بعضِ مشايخنا؛ لأنَّ في ذِكرِ النَّارِ مع اسم الله تعالى تعظيمها، وما ينبغي أن تُعظَّم، بخلاف الكِتابَينِ؛ لأنَّ كُتُبَ الله مُعظَّمة.

(والوَثَنِيُّ لا يُحلَّفُ إلَّا باللهِ)؛ لأنَّ الكَفَرَةَ بِأَسرِهِم يَعتقِدونَ بالله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ السَّمَٰوَٰتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾ [الزُّمَر: ٣٨].

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنى (١٧٠٠) عن البراءِ بنِ عازِب قال: مُرَّ على النَّبيِّ ﷺ بيهوديٍّ مُحمماً مَجلوداً، فدعاهم ﷺ فقال: «هكذا تَجِدونَ حدَّ الزَّاني في كتابكم؟»، قالوا: نعم، فدعا رجلاً من علمائهم فقال: «أنشُدُكَ بالله الذي أنزَلَ التَّوراةَ على موسى، أهكذا تَجِدُون حدَّ الزَّاني في كتابكم؟»، قال: لا، ولولا أنَّك نَشَدتَّني بهذا لم أُخبِرْكَ، نَجِدُهُ الرَّجمَ، ولكنَّه كَثُرَ في أشرافنا فكنَّا إذا أخذنا الشَّريفَ تركناه، وإذا أخَذْنا الضَّعيفَ أقمنا عليه الحَدَّ، قلنا: تعالوا فَلنجتَمِعْ على شيءٍ نُقيمُهُ على الشَّريفِ والوضيعِ، فجعلنا التَّحميمَ والجلدَ مكانَ الرَّجم، فقال رسول الله ﷺ: «اللَّهمَّ إنِّي أوَّلُ مَن أحيا أمرَكَ إذا أماتوه» فأُمِرَ به فَرُجِم. الحديث.

ولا يُحلَّفُونَ في بُيوتِ عِبادَتِهِم. ولا يَجِبُ تَغلِيظُ اليَمينِ على المُسلِمِ بِزَمانٍ ولا مَكانٍ. ومَنِ ادَّعَى أنَّه ابتاعَ مِنْ هذا عبدَهُ بِألفٍ، فَجَحَدَ، استُحلِفَ باللهِ ما بينكما بيعٌ قائِمٌ فيه، ولا يُستحَلَفُ باللهِ ما بِعْتُ. ويُستَحْلَفُ في الغَصبِ باللهِ ما يَستَحِقُّ عليكَ رَدَّهُ، ولا يَحلِفُ باللهِ ما غَصَبْتُ. وفي النِّكاحِ باللهِ ما بَيْنَكما نِكاحٌ قائمٌ في الحالِ، وفي دَعْوى الطَّلاقِ باللهِ ما هي بائنٌ منكَ السَّاعةَ بِما ذَكَرَتْ، ولا يُستَحْلَفُ باللهِ ما طَلَّقَها. ....

قال: (ولا يُحلَّفُونَ في بُيوتِ عِبادَتِهِم)؛ لأنَّ القاضي لا يَحضُرُها، بل هو ممنوعٌ عن ذلك.

قال: (ولا يَجِبُ تَغلِيظُ اليَمينِ على المُسلِمِ بِزَمانٍ ولا مَكانٍ)؛ لأنَّ المقصودَ تعظيمُ المُقسَمِ به، وهو حاصلٌ بدونِ ذلك، وفي إيجابِ ذلك حرَجٌ على القاضي حيثُ يُكلَّفُ حُضورُها، وهو مدفوعٌ.

قال: (ومَنِ ادَّعَى أنَّه ابتاعَ مِنْ هذا عبدَهُ بِألفٍ، فَجَحَدَ، استُحلِفَ باللهِ ما بينكما بيعٌ قائِمٌ فيه، ولا يُستحَلَفُ باللهِ ما بِعْتُ)؛ لأنَّه قد يُباعُ العينُ ثمَّ يُقال فيه[1].

(ويُستَحْلَفُ في الغَصبِ باللهِ ما يَستَحِقُّ عليكَ رَدَّهُ[2]، ولا يَحلِفُ باللِه ما غَصَبْتُ)؛ لأنَّه قد يَغصِبُ ثمَّ يَفسَخُ بالهبةِ والبيعِ.

(وفي النِّكاحِ باللهِ ما بَيْنَكما نِكاحٌ قائمٌ في الحالِ)؛ لأنَّه قد يطرأُ عليه الخُلعُ.

(وفي دَعْوى الطَّلاقِ باللهِ ما هي بائنٌ منكَ السَّاعةَ بِما ذَكَرَتْ، ولا يُستَحْلَفُ باللهِ ما طَلَّقَها)؛ لأنَّ النِّكاحَ قد يُجدَّدُ بعد الإبانةِ، فَيَحلِفُ على الحاصِلِ[3] في هذه

---

(١) من الإقالة، أي: ثمَّ تطرأ عليه الإقالةُ فلا يبقى البيعُ على حاله، فلو استُحلِفَ المُدَّعى عليه على السَّبب - الذي هو البيع هاهنا - لَتضرَّرَ به، فَيُستحلَفُ على الحاصل دفعاً للضَّرر عنه.

(٢) أي: ردُّ المدَّعى.

(٣) أي: يحلفُ على حكم الشَّيء في الحال. ولا يخفى أنَّ التَّحليف على الحاصل هو عدولٌ باليمين عن مقتضى الدعوى؛ لأنَّ مقتضاها التحليف على السبب. والله أعلم.

الوجوه، لأنَّه لو حَلَفَ على السَّببِ يتضرَّرُ المُدَّعى عليه، وهذا[١] قول أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

أمَّا على قولِ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: يَحلِفُ في جميع ذلك على السَّببِ، إلَّا إذا عَرَّض المدَّعى عليه بما ذكرنا[٢]، فحينئذٍ يَحلِفُ على الحاصل.

وقيل: يُنظَرُ إلى إنكارِ المُدَّعى عليه، إن أنكر السَّببَ يَحلِفُ عليه، وإنْ أنكر الحُكمَ يَحلِفُ على الحاصل.

فالحاصل[٣] هو الأصلُ عندهما إذا كان سبباً يرتفعُ برافعٍ، إلا إذا كان فيه[٤] تركُ النَّظرِ في جانبِ المُدَّعي، فحينئذٍ يَحلِفُ على السَّبب بالإجماعِ، وذلك مِثلُ أن تدَّعي مبتوتةٌ نفقةَ العدَّةِ والزَّوجُ ممَّن لا يراها، أو ادَّعى شُفعةً بالجوارِ والمشتري لا يراها[٥]، لأنَّه لو حَلَفَ على الحاصل يَصدُقُ في يَمينِهِ في مُعتَقَدِه، فيفوتُ النَّظرُ في حقِّ المدَّعي، وإن كان سبباً لا يرتفعُ برافعٍ، فالتَّحليفُ على السَّبب بالإجماع، كالعبدِ المُسلمِ إذا ادَّعى العِتقَ على مَولاهُ[٦].

بخلافِ الأمةِ والعبدِ الكافرِ؛ لأنَّه يُكرَّر الرِّقُ عليها بالرِّدَّةِ واللَّحاقِ، وعليه بِنَقضِ

---

(١) أي: التَّحليفُ على الحاصل في الوجوه المذكورةِ.

(٢) أي: عرَّضَ المدَّعى عليه بما يدلُّ على ارتفاع السبب. وصفةُ التَّعريض أن يقولَ المُدَّعَى عليه للقاضي إذا عَرَض القاضي اليمينَ عليه بالله ما بعتَ: أيُّها القاضي إنَّ الإنسان قد يَبيعُ شيئاً ثمَّ يُقالُ فيه، وعلى هذا باقي أخوات البيع، فيقول في دعوى الغصب: أيها القاضي إنَّ الإنسان قد يغصب شيئاً ثمَّ يصحِّحه بالهبة، ويقول في دعوى النكاح: أيها القاضي إن الإنسان قد ينكح ثمَّ يطرأ على النِّكاح الخُلعُ، وهكذا في باقي المسائل.

(٣) أي: التَّحليفُ على الحاصل هو الأصلُ عندهما.

(٤) أي: في التَّحليف على الحاصل.

(٥) بأن كان شافعياً في المسألتين.

(٦) أي: والمولى يَجحدُ، فإنَّه يَحلِفُ على السَّبب بالله ما أعتقه؛ لأنَّه لا ضرورةَ إلى التَّحليفِ على الحاصل، إذ لا يجوزُ أن يعودَ رقيقاً بعد الإعتاق.

ومَنْ وَرِثَ عبداً وادَّعاهُ آخَرُ يُستَحلَفُ على عِلْمِهِ، وإنْ وُهِبَ لَهُ أوِ اشتراهُ يَحلِفُ على البَتاتِ. ومَنِ ادَّعَى على آخَرَ مالاً فَافْتَدَى يَمِينَهُ أو صالَحَهُ منها على عَشَرةٍ، فهو جائزٌ، وليس له أنْ يَستَحلِفَهُ على تلكَ اليمينِ أبداً.

العهدِ واللَّحاق، ولا يُكرَّر على العبد المسلمِ[1].

قال: (ومَنْ وَرِثَ عبداً وادَّعاهُ آخَرُ يُستَحلَفُ على عِلْمِهِ[2])؛ لأنَّه لا عِلمَ له بما صَنَعَ المُورِّثُ، فلا يَحلِفُ على البَتاتِ.

(وإنْ وُهِبَ لَهُ أوِ اشتراهُ يَحلِفُ على البَتاتِ)؛ لوجودِ المُطلِقِ لليمين، إذِ الشِّراءُ سببٌ لثبوتِ المِلْكِ وَضعاً، وكذا الهبة.

قال: (ومَنِ ادَّعَى على آخَرَ مالاً فَافْتَدَى يَمِينَهُ أو صالَحَهُ منها على عَشَرةٍ، فهو جائزٌ)، وهو[3] مأثورٌ عن عثمان رضي الله عنه، (وليس له أنْ يَستَحلِفَهُ على تلكَ اليمينِ أبداً)؛ لأنَّه أسقَطَ حقَّه، والله أعلم.

---

(١) لأنَّ العبد المسلِمَ يقتل بالارتداد.

(٢) أي: يُستحلَفُ الوارثُ بالله ما يَعلَمُ أنَّ هذا عبدُ المُدَّعي.

(٣) أي: الافتداء عن اليمين.

باب التحالف

وإذا اختلَفَ المُتَبايعانِ في البَيعِ، فادَّعَى أحَدُهما ثَمَناً وادَّعَى البائعُ أكثَرَ منه، أو اعتَرَفَ البائعُ بِقَدْرٍ من المَبيعِ وادَّعَى المُشتري أكثَرَ منهُ، فأقامَ أحَدُهما البيِّنةَ قُضِي له بها. وإنْ أقامَ كلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً، كانتِ البيِّنةُ المُثبِتةُ لِلزِّيادةِ أولى. ولو كانَ الاختلافُ في الثَّمَنِ والمَبيعِ جميعاً، فَبيِّنةُ البائعِ أولى في الثَّمنِ، وبيِّنةُ المشتري أولى في المَبيعِ. وإنْ لم يكنْ لِكلٍّ واحدٍ منهما بيِّنةٌ، قيل للمشتري: إمَّا أن تَرضَى بالثَّمنِ الذي ادَّعاهُ البائعُ، وإلَّا فَسَخنا البيعَ، ....

(باب التحالف)

قال: (وإذا اختلَفَ المُتَبايعانِ في البَيعِ، فادَّعى أحَدُهما ثَمَناً وادَّعى البائعُ أكثَرَ منه، أو اعتَرَفَ البائعُ بِقَدْرٍ من المَبيعِ وادَّعَى المُشتري أكثَرَ منهُ، فأقامَ أحَدُهما البيِّنةَ قُضِي له بها)؛ لأنَّ في الجانبِ الآخرِ مُجرَّدَ الدَّعوى، والبيِّنةُ أقوى منها.

(وإنْ أقامَ كلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً، كانتِ البيِّنةُ المُثبِتةُ لِلزِّيادةِ أولى)؛ لأنَّ البيِّناتِ للإثبات ولا تعارض في الزيادة[1].

(ولو كانَ الاختلافُ في الثَّمَنِ والمَبيعِ جميعاً[2]، فَبيِّنةُ البائعِ أولى في الثَّمنِ وبيِّنةُ المشتري أولى في المَبيعِ)، نظراً إلى زيادةِ الإثباتِ.

(وإنْ لم يكنْ لِكلٍّ واحدٍ منهما بيِّنةٌ، قيل للمشتري: إمَّا أن تَرضَى بالثَّمنِ الذي ادَّعاهُ البائعُ، وإلَّا فَسَخنا البيعَ، ....

---

(١) لأنَّ البيِّنةَ المُثبِتةَ للأقلِّ لا تتعرَّضُ للزِّيادة، فكانت البيِّنةُ المُثبِتةُ للزِّيادةِ سالمةً عن المعارض، كذا في غاية البيان. فتح.

(٢) بأن قال البائع مثلاً: «بعتُكَ هذه الجاريةَ بمائةِ دينارٍ، وقال المشتري: بِعْتَنيها وهذا العبدَ معها بخمسين ديناراً» وأقاما بيِّنةً.

وقيل للبائع: إمَّا أن تُسلِّمَ ما ادَّعاه المشتري مِنَ المَبيعِ، وإلَّا فَسَخنا البيعَ، فإنْ لم يَتَراضَيا استَحلَفَ الحاكِمُ كلَّ واحدٍ منهما على دَعوى الآخَرِ، ويَبتَدِئُ بِيَمينِ المُشترِي، ....

وقيل للبائع: إمَّا أن تُسلِّمَ ما ادَّعاه المشتري مِنَ المَبيعِ، وإلَّا فَسَخنا البيعَ)؛ لأنَّ المقصودَ قَطعُ المُنازعةِ، وهذه جهةٌ فيه[1]؛ لأنَّه ربَّما لا يَرضَيان بالفَسخِ، فإذا عَلِما به يَتراضَيان به.

(فإنْ لم يَتَراضَيا استَحلَفَ الحاكِمُ كلَّ واحدٍ منهما على دَعوى الآخَرِ)، وهذا التَّحالُفُ قبلَ القبضِ[2] على وِفاقِ القياس؛ لأنَّ البائعَ يدَّعي زيادةَ الثَّمنِ والمشتري يُنكِرُهُ، والمشتري يدَّعي وُجوبَ تَسليمِ المَبيعِ بما نَقَدَ والبائعُ يُنكِرُهُ، فكلُّ واحدٍ منهما مُنكِرٌ فَيُحَلَّف.

فأمَّا بعد القبضِ فَمُخالِفٌ للقياس؛ لأنَّ المشتري لا يدَّعي شيئاً لأنَّ المبيعَ سالمٌ له، فبقي دعوى البائعِ في زيادةِ الثَّمنِ والمُشتري يُنكِرُها فيُكتفى بحَلِفِه، لكنَّا عرفناه بالنَّصِّ وهو قوله ﷺ: «إذا اختَلَفَ المُتبايعانِ والسِّلعةُ قائمةٌ بِعَينِها تَحالفا وتَرادَّا»[3].

(ويَبتَدِئُ بِيَمينِ المُشترِي) وهذا قولُ محمد وأبي يوسف آخِراً، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو الصَّحيحُ؛ لأنَّ المشتري أشَدُّهما إنكاراً؛ لأنَّه يُطالِبُ أوَّلا

---

(١) أي: القولُ المذكورُ للبائعِ وللمشتري جهةٌ في قَطعِ المنازعةِ.

(٢) أي: قبل قبضِ المشتري السلعةَ. عناية.

(٣) أخرج النسائي في الصغرى، كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين في الثمن (٤٦٤٩) عن عبد الملك بن عُبَيد قال: حَضَرنا أبا عُبيدَةَ بنَ عبدِ الله بنِ مسعود أتاه رجلانِ تَبايعا سِلعةً، فقال أحدُهما: أخذتُها بكذا وكذا، وقال هذا: بعتُها بكذا وكذا، فقال أبو عبيدة: أُتي ابنُ مسعود في مثلِ هذا فقال: حضرتُ رسولَ الله ﷺ أُتي بمثلِ هذا، فأمَرَ البائعَ أن يُستحلَفَ، ثمَّ يختارُ المُبتاعُ، فإن شاء أخَذَ وإن شاء تَرَكَ.

وإنْ كان بَيْعَ عَينٍ بِعَينٍ، أو ثَمنٍ بِثَمنٍ، بدَأَ القاضي بِيَمينِ أيِّهما شاءَ. وصِفَةُ اليَمينِ: أنْ يَحلِفَ البائعُ باللهِ ما باعَهُ بِألفٍ، ويَحلِفَ المُشتري باللهِ ما اشتراهُ بألفَينِ، ...

بالثَّمن، أو لأنَّه يَتعَجَّلُ فائدةَ النُّكولِ، وهو إلزامُ الثَّمنِ، ولو بُدِئ بِيَمينِ البائعِ تتأخَّرُ المُطالَبَةُ بتسليمِ المَبيعِ إلى زمانِ استيفاءِ الثَّمن.

وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أوّلاً: يبدأ بيمين البائعِ لقوله ﷺ: «إذا اختلف المُتبايعان فالقَولُ ما قاله البائعُ»[1] خَصَّه بالذِّكر، وأقلُّ فائدتِهِ التَّقديمُ[2].

(وإنْ كان بَيْعَ عَينٍ بِعَينٍ، أو ثَمنٍ بِثَمنٍ، بدَأَ القاضي بِيَمينِ أيِّهما شاءَ)؛ لاستوائهما[3].

(وصِفَةُ اليَمينِ: أنْ يَحلِفَ البائعُ باللهِ ما باعَهُ بِألفٍ، ويَحلِفَ المُشتري باللهِ ما اشتراهُ بألفَينِ)، وقال في الزِّيادات: يَحلِفُ باللهِ ما باعَهُ بألفٍ ولقد باعَهُ بألفين، ويَحلِفُ المشتري باللهِ ما اشتراهُ بألفَينِ ولقدِ اشتراهُ بألفٍ. بِضَمِّ الإثباتِ إلى النَّفي تأكيداً[4]، والأصحُّ الاقتصارُ على النَّفي؛ لأنَّ الأيمانَ على ذلك

(١) أخرج أحمد (١/٤٦٦) (٤٤٤٥)، أبو داود في الإجارة، باب: إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٣٥١١)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء إذا اختلف البيعان (١٢٧٠)، وابن ماجه - واللفظ له - في التجارات، باب: البيعان يختلفان (٢١٨٦) أنَّ عبد الله بنَ مسعود باع من الأشعثِ بنِ قيسٍ رقيقاً من رقيقِ الإمارة، فاختلَفا في الثَّمنِ، فقال ابنُ مسعودٍ: بِعتُكَ بعشرينَ ألفاً، وقال الأشعثُ بنُ قيسٍ: إنَّما اشتريتُ منكَ بعشَرَةِ آلآفٍ، فقال عبدُ اللهِ: إن شِئتَ حدَّثتُكَ بحديثٍ سمعتُهُ من رسولِ الله ﷺ فقال: هاتِهِ، قال: فإنِّي سمعتُ رسولَ الله ﷺ: «إذا اختلَفَ البيِّعانِ وليس بينهما بيِّنةٌ، والبيعُ قائمٌ بِعَينِهِ، فالقولُ ما قال البائعُ، أو يَترادَّان البيعَ»، قال: فإنِّي أرى أن أردَّ البيعَ، فرَدَّه.

(٢) معناه: أنَّه ﷺ جعَلَ القولَ قولَ البائعِ، وهذا بظاهِرِهِ يقتضي الاكتفاءَ بيمينه، فإذا كان لا يُكتفى بِيَمينِهِ فلا أقلَّ من أن يُبدأ بِيَمينِهِ. فتح.

(٣) أي: في الإنكار وفي فائدة النُّكول.

(٤) وفائدة ضمِّ الإثبات للنَّفي تظهر فيما لو حَلَفَ المشتري بالله ما اشتراه بألفين، ربَّما يَحلِفُ ويكونُ باراً في يمينه، لجواز أن يكون اشتراه بألف وتسعمائة مثلاً، فيبطلُ حقُّ البائع في الزِّيادة. وكذا البائعُ =

فإنْ حَلَفا فَسَخَ القاضي البيعَ بينهما، وإنْ نَكَلَ أحَدُهما عنِ اليَمينِ لَزِمَهُ دَعوى الآخَرِ، وإنِ اختَلَفا في الأجَلِ، أو في شَرطِ الخيارِ، أو في استيفاءِ بَعضِ الثَّمَنِ، فلا تَحالُفَ بينهما، ....

وُضِعَت، دَلَّ عليه حديثُ القَسامة «بالله ما قَتَلتُم ولا عَلِمتُمْ له قاتلاً»[١].

قال: (فإنْ حَلَفا فَسَخَ القاضي البيعَ بينهما)، وهذا يدلُّ على أنَّه لا يَنفسِخُ بنفس التَّحالفِ؛ لأنَّه لم يَثبُتْ ما ادَّعاهُ كلُّ واحدٍ منهما، فَيَبقَى بيعَ مَجهولٍ[٢]، فَيَفسَخُه القاضي قَطعاً للمنازعة. أو يقال: إذا لم يَثبُتِ البدلُ[٣] يبقى بيعاً بلا بدلٍ، وهو فاسدٌ، ولا بدَّ من الفَسخِ في البيع الفاسد.

قال: (وإنْ نَكَلَ أحَدُهما عنِ اليَمينِ لَزِمَهُ دَعوى الآخَرِ)؛ لأنَّه جُعِل باذلاً، فلم يبقَ دعواهُ معارِضاً لدعوى الآخَرِ، فلزِمَ القولُ بِثُبوتِهِ[٤].

قال: (وإنِ اختَلَفا في الأجَلِ، أو في شَرطِ الخيارِ، أو في استيفاءِ بَعضِ الثَّمَنِ، فلا تَحالُفَ بينهما)؛ لأنَّ هذا اختلافٌ في غيرِ المعقودِ عليه والمعقودِ به، فأشبَهَ الاختلافَ في الحَطِّ والإبراءِ[٥]، وهذا[٦] لأنَّ بانعدامِهِ[٧] لا يَختلُّ ما بهِ قِوامُ العَقدِ.

= لو حَلَف بالله ما باعه بألفٍ، ربَّما يحلف ويكون بارّاً في يمينه، لجواز أن يكون باعه بألفٍ وتسعمائة مثلاً، فيبطل حقُّ المشتري. بناية بتصرف.

(١) انظر الملحق (٢) في آخر الكتاب.

(٢) أي: يبقى بيعَ المَجهول إمَّا بجهالةِ المَبيعِ فيما إذا اختلفا في المَبيع، وإمَّا بجهالةِ الثَّمنِ فيما إذا اختلفا في الثَّمن، وإمَّا بجهالةِ المَبيعِ والثَّمنِ معاً فيما إذا اختلفا فيهما.

(٣) وذلك بسبب التَّعارض بين قوليهما.

(٤) أي: بثبوت ما ادَّعاه الآخر لعدمِ المعارضة.

(٥) وفيهما لا يجب التَّحالفُ، بل القولُ قولُ من أنكر مع يمينه، فكذا ههنا.

(٦) أي: كونُ الاختلافِ في الأمورِ المذكورةِ اختلافاً في غيرِ المَعقودِ عليه والمَعقودِ به. بناية.

(٧) أي: بانعدام ما ذُكِر من الأجَلِ وشَرطِ الخيارِ واستيفاءِ بعضِ الثَّمن.

والقَولُ قَولُ مَن يُنكِرُ الخيارَ والأجَلَ مع يَمينِهِ، فإنْ هَلَكَ المبيعُ ثمَّ اختَلَفا، لم يَتَحالَفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقولُ قولُ المشتري، وقال محمد: يَتحالَفان ويُفسَخُ البيعُ على قِيمَةِ الهالِكِ. ....

بخلافِ الاختلافِ في وَصفِ الثَّمَنِ وجِنْسِهِ، حيثُ يكونُ بمنزلةِ الاختلافِ في القَدرِ[(١)] في جَرَيانِ التَّحالفِ؛ لأنَّ ذلك يَرجِعُ إلى نفسِ الثَّمنِ، فإنَّ الثَّمنَ دَينٌ، وهو يُعرَفُ بالوصف، ولا كذلك الأجلُ لأنَّه ليس بوصفٍ؛ ألا ترى أنَّ الثَّمن موجودٌ بعدَ مُضيِّه[(٢)].

(والقَولُ قَولُ مَن يُنكِرُ الخيارَ والأجَلَ مع يَمينِهِ)؛ لأنَّهما يَثبُتانِ بعارِضِ الشَّرطِ[(٣)]، والقولُ لِمُنكِر العوارض.

قال: (فإنْ هَلَكَ المبيعُ ثمَّ اختَلَفا[(٤)]، لم يَتَحالَفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقولُ قولُ المشتري[(٥)]. وقال محمد: يَتحالَفان ويُفسَخُ البيعُ على قِيمَةِ الهالِكِ)، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[(٦)]، ....

---

(١) أي: قدر الثَّمن.

(٢) أي: مضيِّ الأجل.

(٣) أي: بشرطٍ عارضٍ على أصل العقد. فتح.

(٤) يعني: في مقدار الثَّمن.

(٥) أي: مع يمينه.

(٦) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ١٢٩-١٣٢) دار الفكر: (إذا اتَّفقا على صحَّة البيع ثمَّ اختلفا في كيفيَّتِهِ، كَقَدرِ الثَّمن، أو صفتِهِ، أو الأجلِ، أو قدرِهِ، أو قَدرِ المبيع، ولا بيِّنَةَ تحالفا). (وإذا تَحالفا فالصَّحيحُ أنَّ العقدَ لا ينفسخُ، بل إن تراضيا) على ما قاله أحدُهُما أَقرَّ العقدُ، (وإلَّا) بأن استمرَّ نِزاعُهُما (فَيَفسخانِهِ أو أَحَدُهُما، أو الحاكم، ثمَّ) بعد الفسخ (على المشتري رَدُّ المبيعِ) إن كان باقياً في ملكه ولم يتعلَّق به حقٌّ لثالثٍ بزوائده المتَّصلة.
(فإن) تلف شرعاً (كأن وَقَفَه أو أعتقه أو باعه أو) تعلَّق به حقٌّ لازمٌ، كأن (كاتبه، أو) تَلِفَ حِسّاً كأن (مات لَزِمَه قيمتُهُ) إن كان متقوِّماً، وإن زادت على ثمنه، ومثلُهُ إن كان مثليّاً على المشهور، (وهي قيمتُهُ يومَ التَّلفِ) حقيقةً أو حكماً (في أظهر الأقوال). اهـ مختصرا.

وعلى هذا[1] إذا خَرَجَ المبيعُ عن مِلكِهِ، أو صارَ بحالٍ لا يَقدِرُ على ردِّهِ بالعيب.

لهما: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي غيرَ العقدِ الذي يَدَّعيهِ صاحِبُه، والآخَرُ يُنكِرُه[2]، وأنَّه[3] يُفيدُ دَفْعَ زيادةِ الثَّمنِ فَيَتحالفان؛ كما إذا اختلفا في جنسِ الثَّمنِ بعدَ هلاكِ السِّلعةِ[4].

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَااللَّهُ: أنَّ التَّحالفَ بعدَ القَبضِ على خلافِ القياسِ؛ لأنَّه سَلِمَ للمشتري ما يدَّعيهِ، وقد وَرَدَ الشَّرعُ به[5] في حالِ قيامِ السِّلعةِ[6]، والتَّحالفُ فيه[7] يُفضي إلى الفَسخِ[8]، ولا كذلك بعد هَلاكِها؛ لارتفاعِ العقدِ، فلم يكن في معناه.

ولأنَّه[9] لا يُبالَى بالاختلاف في السَّبب بعد حصولِ المقصودِ[10]، وإنَّما[11] يُراعى من الفائدةِ ما يُوجِبُه العقدُ، وفائدةُ دَفعِ زيادةِ الثَّمنِ ليست من مُوجباتِه.

---

(١) أي: وعلى هذا الخلاف.

(٢) فإنَّ البيعَ بألفٍ غيرُ البيعِ بألفين؛ ألا ترى أنَّ شاهِدَي البيعِ إذا اختلفا في مِقدارِ الثَّمنِ لا تُقبَل الشَّهادة. فتح.

(٣) أي: التَّحالف.

(٤) بأن ادَّعى أحدُهما العقدَ بالدَّراهمِ، والآخَرُ بالدَّنانير، فإنَّهما يَتحالَفانِ ويَلزَمُ المشتري رَدُّ القيمة. فتح.

(٥) أي: بالتَّحالف.

(٦) أي: فلا يتعدَّى إلى حال هلاكِ السِّلعةِ؛ لأنَّ حالَ هلاكها ليس كحال قيامها؛ لأنَّ عند قيامها يندفع الضَّررُ عن كلِّ واحد منهما؛ فإنَّه يفسخ العقد فيعودُ لكلِّ واحدٍ منهما رأس مالِهِ بعينه، وبعد الهلاك لم يحصل ذلك، إذ العقدُ لا يحتمل الفسخَ بالإقالة وبالرَّدِّ بالعيب بعد الهلاك، فكذا بالتَّحالف. بناية.

(٧) في حال قيام السِّلعة.

(٨) هذا جواب عمَّا يقال: إن لم يتعدَّ إلى غيره يُلحقُ به بالدِّلالة. فأجاب بقوله: والتَّحالفُ في حال قيام السِّلعة يفضي إلى الفسخ ... إلى آخر ما ذكرناه في التعليق السابق.

(٩) هذا جواب عن قول محمد والشافعي: إنَّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي غيرَ العقدِ الذي يدَّعيه صاحبُهُ والآخَرُ يُنكِرُه.

(١٠) وهو سلامةُ المبيعِ للمشتري حيث سَلِم له وهَلَكَ على ملكه. فتح.

(١١) هذا أيضاً جوابٌ عن قولهما: «وأنَّه يفيد دفعَ زيادةِ الثَّمن».

وإنْ هَلَكَ أَحَدُ العَبدَينِ ثمَّ اختَلَفا في الثَّمنِ، لم يَتَحالَفا عند أبي حنيفة إلَّا أنْ يَرضَى البائعُ أنْ يَترُكَ حِصَّةَ الهالِكِ من الثَّمنِ، وفي الجامع الصَّغيرِ: القولُ قولُ المشتري مع يَمينِهِ عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يشاءَ البائعُ أنْ يأخُذَ العبدَ الحَيَّ، ولا شيءَ له من قيمةِ الهالكِ، وقال أبو يوسف: يَتحالَفانِ في الحَيِّ، ويُفسَخُ العَقدُ في الحيِّ، والقولُ قولُ المُشتري في قِيمَةِ الهالِكِ، وقال محمد: يَتحالَفانِ عليهما، ويَرُدُّ الحَيَّ وقيمةَ الهالِكِ. ....

وهذا[1] إذا كان الثَّمنُ دَيناً، فإن كان عيناً يتحالفان لأنَّ المبيعَ في أحدِ الجانبين قائمٌ، فَتُوفَّر فائدةُ الفسخ، ثمَّ يَردُّ مِثلَ الهالكِ إن كان له مِثلٌ، أو قيمتَهُ إن لم يكن له مِثلٌ.

قال: (وإنْ هَلَكَ أَحَدُ العَبدَينِ ثمَّ اختَلَفا في الثَّمنِ، لم يَتَحالَفا عند أبي حنيفة إلَّا أنْ يَرضَى البائعُ أنْ يَترُكَ حِصَّةَ الهالِكِ من الثَّمنِ).

(وفي الجامع الصَّغيرِ: القولُ قولُ المشتري مع يَمينِهِ عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يشاءَ البائعُ أنْ يأخُذَ العبدَ الحَيَّ ولا شيءَ له مِنْ قيمةِ الهالكِ).

(وقال أبو يوسف: يَتحالَفانِ في الحَيِّ، ويُفسَخُ العَقدُ في الحيِّ، والقولُ قولُ المُشتري في قِيمَةِ الهالِكِ).

(وقال محمد: يَتحالَفانِ عليهما[2] ويَرُدُّ الحَيَّ وقيمةَ الهالِكِ)؛ لأنَّ هلاكَ كلِّ السِّلعةِ لا يَمنعُ التَّحالُفَ عنده، فهلاكُ البعضِ أولى.

ولأبي يوسف: أنَّ امتناعَ التَّحالُفِ لِلهَلاكِ، فيتقَدَّرُ بِقَدْرِه[3].

ولأبي حنيفة: أنَّ التَّحالُفَ على خلافِ القياسِ في حالِ قيامِ السِّلعةِ، وهي اسمٌ لِجَميعِ أجزائها، ....

---

(١) أي: وهذا الذي ذكرناه من الاختلافِ في التَّحالف عندَ صورةِ هلاكِ المبيع.

(٢) أي: على الحيِّ والميت.

(٣) أي: يتقدَّر امتناعُ التَّحالُفِ بِقَدْر الهالكِ؛ لأنَّ الحُكمَ لا يَزيدُ على العِلَّة. فتح.

فلا تبقى السِّلعةُ بفواتِ بَعضِها[1]، ولأنَّه لا يُمكِنُ التَّحالُفُ في القائِمِ إلَّا على اعتبارِ حصَّتِهِ من الثَّمنِ، فلا بدَّ من القِسمةِ على القيمةِ[2]، وهي تُعرَفُ بالحَزْرِ والظَّنِّ، فَيؤدِّي إلى التَّحالُفِ مع الجَهلِ، وذلك لا يجوزُ، إلَّا أن يرضى البائعُ أن يَترُكَ حصَّةَ الهالِكِ أصلاً؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ الثَّمنُ كلُّه بِمُقابِلِ القائِمِ، ويَخرُجُ الهالِكُ عن العَقدِ فَيَتحالفانِ[3].

هذا[4] تخريجُ بعضِ المشايخ، ويُصرَفُ الاستثناءُ عندهم إلى التَّحالف[5] كما ذكرنا[6]، وقالوا: إنَّ المرادَ من قولِهِ في الجامع الصَّغيرِ «يأخذُ الحيَّ ولا شيءَ له»، معناه: لا يأخذُ من ثَمنِ الهالكِ شيئاً أصلاً.

وقال بعض المشايخ: يأخذُ من ثَمنِ الهالِكِ بِقَدْرِ ما أَقَرَّ به المشتري، وإنَّما لا يأخذُ الزِّيادة. وعلى قولِ هؤلاءِ يَنصرِفُ الاستثناءُ إلى يَمينِ المُشتري لا إلى التَّحالُف[7]، لأنَّه لمَّا أخذَ البائعُ بقَولِ المشتري فقد صدَّقَه فلا يَحلِفُ المشتري.

ثمَّ تفسيرُ التَّحالفِ على قول محمد ما بيَّنَّاه في القائم[8].

---

(١) أي: لانعدامِ الكلِّ بانعدامِ جُزئِهِ، وما يَثبُتُ على خلافِ القياس لا يَتعدَّى إلى الغير.

(٢) أي: باعتبار القيمة.

(٣) كما هو الحكمُ في الاختلاف عند قيام السلعة.

(٤) أي: توجيهُ قوله: «إلَّا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك» بما ذكر. فتح.

(٥) لأنَّه هو المذكور في الكلام، فكان تقديرُ الكلام: لم يَتحالَفا عند أبي حنيفة إلَّا إذا ترَكَ البائعُ حصَّةَ الهالكِ فَيَتحالفان. فتح.

(٦) أشار به إلى قوله: لأنَّه حينئذٍ يكون الثَّمن كلُّه بمقابل القائم، ويخرج الهالكُ عن العقد، فيتحالفان.

(٧) فيصير معنى الكلام: لم يتحالفا عند أبي حنيفة، والقولُ قولُ المشتري مع يمينه، إلَّا أن يشاءَ البائعُ أن يأخُذَ الحيَّ ولا يأخذَ من ثمنِ الهالِكِ شيئاً زائداً على ما أقَرَّ به المشتري، فحينئذٍ لا يَمينَ على المشتري. فتح.

(٨) أي: في البيع القائم على حاله، وهو قوله: «وصِفةُ اليمينِ أن يَحلِفَ البائعُ بالله ما باعه بألف ...» إلخ، انظر ص (٤٣٦).

وإنَّما لم تختلف صفةُ التَّحالفِ عنده في الصُّورتين؛ لأنَّ قيامَ السِّلعةِ عنده ليس بشرطٍ للتَّحالف.

وإنِ اختلفا في قيمةِ الهالِكِ يومَ القَبضِ، فالقَولُ قولُ البائعِ، وأيُّهما أقامَ البيِّنةَ تُقبلُ بيِّنتُهُ، وإنْ أقاماها فَبيِّنةُ البائعِ أولى.

وإذا حَلَفا ولم يتَّفقا على شيءٍ، فادَّعى أحدُهما الفَسْخَ، أو كلاهما، يُفسَخُ العقدُ بينهما، ويأمرُ القاضي المشتري بردِّ الباقي وقيمةِ الهالك[1].

واختلفوا في تَفسيرِهِ على قول أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ، والصَّحيحُ أنَّه يَحلِفُ المشتري بالله ما اشتَرَيتُهُما بما يدَّعيه البائعُ، فإنْ نَكَل لَزِمَه دعوى البائعِ، وإنْ حَلَف يَحلِف البائعُ بالله ما بِعتُهُما بالثَّمَن الذي يدَّعيه المشتري، فإن نكَلَ لَزِمَه دعوى المشتري، وإن حَلَفَ يَفسَخانِ العقدَ في القائم، وتسقُطُ حصَّتُهُ من الثَّمن، ويلزَمُ المُشتريَ حصَّةُ الهالِكِ[2]، ويُعتبَرُ قِيمَتُهُما في الانقسامِ يومَ القبضِ[3].

(وإنِ اختلفا في قيمةِ الهالِكِ يومَ القَبضِ، فالقَولُ قولُ البائعِ، وأيُّهما أقامَ البيِّنَةَ تُقبلُ بيِّنتُهُ، وإنْ أقاماها فَبيِّنةُ البائعِ أولى)، وهو[4] قياس ما ذُكِر في بُيوعِ الأصل.

---

(١) والقولُ في قيمة الهالِكِ للمشتري؛ لأنَّ البائعَ يدَّعي زيادةَ قيمته، وهو يُنكرُ، فيكونُ القولُ له، كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد. بناية.

(٢) أي: حصةُ الهالِكِ من الثَّمن الذي يُقِرُّ به المشتري، ولا يلزمُهُ قيمةُ الهالِكِ؛ لأنَّ القيمةَ تجبُ إذا انفسَخَ العقدُ، والعقدُ في الهالك لم ينفسخ عنده. عناية.

(٣) يعني: يُقسَم الثَّمنُ الذي أقرَّ به المشتري على العبد القائمِ والهالك، على قَدْر قِيمَتِهِما يومَ القبض:
- فإنِ اتَّفقا أنَّ قيمَتَهُما يومَ القبضِ كانت واحدةً، يجب على المشتري نصفُ الثَّمن الذي أقرَّ به المشتري، ويَسقُطُ عنه نصفُ الثمن.
- وإن تصادقا أنَّ قيمَتَهُما يومَ القبضِ كانت على التَّفاوت، فإن تصادقا على أنَّ قيمةَ الهالِكِ كانت على النِّصفِ من قيمة القائِم، يجب على المشتري ثُلُثُ ما أقرَّ به من الثَّمن. عناية.

(٤) أي: ما ذكر من قول أبي يوسف وتفريعاته.

وإذا اشتَرَى عَبدَينِ وقَبَضَهُما، ثمَّ رَدَّ أحَدَهما بالعَيبِ وهَلَكَ الآخَرُ عندَهُ، يَجِبُ عليه ثَمَنُ ما هَلَكَ عِندَهُ، ويَسقُطُ عنه ثَمَنُ ما رَدَّهُ، ويَنقسِمُ الثَّمنُ على قِيمَتِهِما، فإنِ اختَلَفا في قيمةِ الهالِكِ فالقَولُ قَولُ البائعِ، وإنْ أقاما البيِّنَةَ، فبيِّنةُ البائعِ أولى. ....

(وإذا اشتَرَى عَبدَينِ وقَبَضَهُما، ثمَّ رَدَّ أحَدَهما بالعَيبِ وهَلَكَ الآخَرُ عندَهُ، يَجِبُ عليه ثَمَنُ ما هَلَكَ عِندَهُ ويَسقُطُ عنه ثَمَنُ ما رَدَّهُ، ويَنقسِمُ الثَّمنُ على قِيمَتِهِما[1]، فإنِ اختَلَفا في قيمةِ الهالِكِ فالقَولُ قَولُ البائعِ)؛ لأنَّ الثَّمنَ قد وجب باتِّفاقِهِما، ثمَّ المشتري يدَّعي زيادةَ السُّقوطِ بِنُقصانِ قيمةِ الهالكِ، والبائعُ يُنكِرُهُ، والقولُ لِلمُنكِرِ.

(وإنْ أقاما البيِّنَةَ، فبيِّنةُ البائعِ أولى)؛ لأنَّها أكثرُ إثباتاً ظاهراً؛ لإثباتها الزِّيادةَ في قيمةِ الهالك، وهذا[2] الفقه، وهو[3] أنَّ في الأيمانِ تُعتَبَرُ الحقيقةُ[4] لأنَّها تتوجَّهُ على أحدِ العاقدين، وهما يَعرِفانِ حقيقةَ الحالِ فَبُني الأمرُ عليها[5]، والبائعُ مُنكِرٌ حقيقةً، فلذا كان القولُ قولَهُ، وفي البيِّناتِ يُعتَبَرُ الظَّاهرُ؛ لأنَّ الشَّاهدينِ لا يَعلَمانِ حقيقةَ الحالِ، فاعتُبِرَ الظَّاهرُ في حقِّهِما، والبائعُ مدَّعٍ ظاهراً، فلهذا تُقبَلُ بيِّنتُهُ أيضاً، وتترجَّحُ بالزِّيادة الظَّاهرةِ على ما مرَّ[6]، وهذا[7] يُبيِّن لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف.

---

(١) يعني: يُقسَم الثَّمنُ الذي أقرَّ به المشتري على العبدِ القائمِ والهالكِ على قَدْرِ قِيمَتِهِما يومَ القَبضِ، فإنِ اتَّفقا أنَّ قِيمَتَهُما يومَ القَبضِ كانت واحدةً، يجب على المشتري نصفُ الثَّمن الذي أقرَّ به المشتري، ويَسقُطُ عنه نصفُ الثَّمن. عناية.

(٢) أي: اعتبار بيِّنة البائع ويمينه هو الفقه.

(٣) أي: ثمَّ بيَّن وجهَ الفقهِ فقال: وهو ... إلخ.

(٤) أي: حقيقةُ الحالِ؛ لئلا يلزَمَ الإقدامُ على القَسَم بجهالةٍ، واستدلَّ المصنِّف عليه بقوله: (لأنَّها ...) أي: الأيمان.

(٥) أي: على حقيقة الحال.

(٦) من قوله: «لأنَّها أكثر إثباتاً».

(٧) أي: ما ذكر في بيوع الأصل. كذا في شروح الهداية.

ومَنِ اشتَرَى جاريةً وقَبَضَها، ثمَّ تَقايَلا، ثمَّ اختَلَفا في الثَّمن، فإنَّهما يَتحالَفانِ ويَعودُ البيعُ الأوَّلُ. ....

قال: (ومَنِ اشتَرَى جاريةً وقَبَضَها[1]، ثمَّ تَقايَلا، ثمَّ اختَلَفا في الثَّمن[2]، فإنَّهما يَتحالَفانِ ويَعودُ البيعُ الأوَّلُ[3]). ونحن[4] ما أثبتنا التَّحالُفَ فيه[5] بالنَّصِّ لأنَّه ورَدَ في البيع المُطلَق[6]، والإقالةُ فسخٌ في حقِّ المتعاقدَين، وإنَّما أثبتناه بالقياس؛ لأنَّ المسألةَ مفروضَةٌ قبلَ القبضِ[7]، والقياسُ يوافِقُه على ما مَرَّ، ولهذا[8] نَقيسُ الإجارةَ على البيعِ قبلَ القبضِ[9]، والوارثَ على العاقِدِ[10]، والقيمةَ على العين فيما إذا استهلَكَه في يدِ البائعِ غيرُ المشتري[11].

---

(١) أي: ونقَدَ الثَّمنَ.

(٢) فقال المشتري: كان الثمنُ ألفاً، فعليك أن تردَّ الألفَ. وقال البائع: كان الثَّمن خمسمائة، فعليَّ ردُّ خمسمائة.

(٣) أي: كما كان قبل الإقالة، فيكون حقُّ البائع في الثَّمن، وحقُّ المشتري في السِّلعة.

(٤) شروع في جواب عن سؤال مقدَّر، وهو: النَّصُّ الواردُ في حقِّ التَّحالُفِ، وهو قوله ﷺ: «إذا اختلَفَ المُتبايعانِ والسِّلعةُ قائمةٌ تَحالَفا وتَرادَّا» لم يتناول الإقالةَ، فما وجهُ جَرَيانِ التَّحالُف فيها؟

(٥) أي: في التَّقايل.

(٦) أي: في البيع الذي هو بيعٌ من كلِّ وجهٌ.

(٧) أي: قبل قبض البائعِ الجاريةَ بحكمِ الإقالة. فتح.

(٨) أي: كما أثبتنا المسألة السابقة بالقياس، قِسنا الإجارةَ على البيع ...، والله تعالى أعلم.

(٩) يعني: إذا اختلف المُؤجِّرُ والمستأجرُ قبلَ استيفاءِ المعقودِ عليه في الأجرةِ، يجري التَّحالفُ بينهما. بناية.

(١٠) يعني: إذا اختلف وارثُ البائعِ والمشتري في الثَّمن قبلَ القَبضِ، يجري التَّحالف بينهما. بناية.

(١١) يعني: إذا استهلك غيرُ المشتري العينَ المبيعةَ في يدِ البائعِ، وضَمِنَ القيمةَ، قامتِ القيمةُ مَقامَ العينِ المُستهلَكة، فإن اختلف العاقدان في الثَّمن قبلَ القبضِ، يجري التَّحالفُ بينهما بالقياس على جريان التَّحالفِ عند بقاء العينِ المُشتراةِ؛ لكون النَّصِّ إذ ذاك معقولَ المعنى. بناية.

ولو قَبَضَ البائعُ المَبِيعَ بعدَ الإقالةِ فلا تَحالُفَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمَّد. ومَنْ أسلَمَ عَشَرَةَ دراهمَ في كُرِّ حِنطَةٍ، ثمَّ تَقايلا، ثمَّ اختلفا في الثَّمنِ، فالقَولُ قولُ المُسلَمِ إليه، ولا يَعودُ السَّلَمُ. وإذا اختَلَفَ الزَّوجانِ في المَهرِ فادَّعَى الزَّوجُ أنَّه تَزَوَّجَها بألفٍ، وقالت: «تَزَوَّجَني بألفين» فأيُّهما أقامَ البيِّنَةَ تُقبَلُ بيِّنتُهُ، فإنْ أقاما البيِّنَةَ، فالبيِّنةُ بيِّنةُ المرأةِ، ....

قال: (ولو قَبَضَ البائعُ المَبِيعَ بعدَ الإقالةِ فلا تَحالُفَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمَّد)؛ لأنَّه يرى النَّصَّ معلولاً بعد القبضِ أيضاً[1].

قال: (ومَنْ أسلَمَ عَشَرَةَ دراهمَ في كُرِّ حِنطَةٍ، ثمَّ تَقايلا، ثمَّ اختلفا في الثَّمنِ، فالقَولُ قولُ المُسلَمِ إليه، ولا يَعودُ السَّلَمُ)؛ لأنَّ الإقالةَ في باب السَّلم لا تَحتمِلُ النَّقضَ[2]؛ لأنَّه[3] إسقاط[4] فلا يعودُ السَّلَم، بخلاف الإقالةِ في البيعِ[5]؛ ألا ترى أنَّ رأسَ مالِ السَّلَمِ لو كان عَرَضاً فرَدَّهُ بالعيب، وهلَكَ قبل التَّسليم إلى ربِّ السَّلَم، لا يعودُ السَّلَمُ، ولو كان ذلك في بيعِ العَينِ يعودُ البيعُ، دلَّ على الفرق بينهما.

قال: (وإذا اختَلَفَ الزَّوجانِ في المَهرِ فادَّعَى الزَّوجُ أنَّه تزَوَّجَها بألفٍ، وقالت: «تزَوَّجَني بألفين» فأيُّهما أقامَ البيِّنَةَ تُقبَلُ بيِّنتُهُ)؛ لأنَّه نوَّرَ دعواهُ بالحُجَّة.

(فإنْ أقاما البيِّنَةَ، فالبيِّنةُ بيِّنةُ المرأةِ)؛ لأنَّها تُثبِتُ الزِّيادةَ، معناه: إذا كان مهرُ مِثلِها أقلَّ مِمَّا ادعته.

---

(١) يعني: أنَّ محمداً يرى النَّصَّ وهو قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعانِ والسِّلعةُ قائمةٌ تحالفا وترادَّا»، معلولاً بوجودِ الإنكارِ من كلٍّ واحدٍ من المتبايعين لِما يدَّعيه الآخَرُ من العقدِ، وهذا المعنى لا يتفاوتُ بين كونِ المَبيعِ مقبوضاً أو غيرَ مقبوض. فتح.

(٢) أي: الفسخَ، والمقصودُ من التَّحالف الفسخُ.

(٣) أي: الإقالةُ في باب السَّلم، ذكَّر الضَّميرَ بتأويل التَّقايل. فتح.

(٤) أي: إسقاطٌ للمُسلَم فيه، وهو دَينٌ، والدَّينُ السَّاقطُ لا يعودُ؛ لذلك قال: فلا يعودُ السَّلَمُ. فتح.

(٥) فإنَّها تحتملُ الفسخَ ويعودُ المبيعُ إلى المشتري بعدَ عَودِهِ إلى البائع؛ لكونه معيَّناً قائماً. فتح.

وإنْ لم يكنْ لهما بيِّنةٌ تحالَفا عند أبي حنيفة، ولا يُفسَخُ النِّكاحُ، ولكن يُحَكَّمُ مهرُ المثلِ، فإنْ كانَ مِثلَ ما اعترَفَ به الزَّوجُ أو أقلَّ، قَضى بما قال الزَّوجُ، وإنْ كانَ مِثلَ ما ادَّعتْهُ المرأةُ أو أكثرَ، قَضى بما ادَّعَتْهُ المرأةُ، وإنْ كانَ مَهْرُ المِثلِ أكثرَ مِمَّا اعترَفَ به الزَّوجُ وأقلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ المرأةُ، قَضى لها بِمَهرِ المِثْلِ. ....

(وإنْ لم يكنْ لهما بيِّنةٌ تَحالَفا عند أبي حنيفة، ولا يُفسَخُ النِّكاحُ)؛ لأنَّ أثرَ التَّحالُفِ في انعدامِ التَّسميةِ، وأنَّه لا يُخِلُّ بصحَّةِ النِّكاح؛ لأنَّ المهرَ تابعٌ فيه، بخلافِ البيعِ لأنَّ عدَمَ التَّسميةِ يُفسِدُه على ما مرَّ، فيُفسخ، (ولكن يُحَكَّمُ مهرُ المثلِ):

- (فإنْ كانَ مِثلَ ما اعترَفَ به الزَّوجُ أو أقلَّ، قَضى بما قال الزَّوجُ)؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ له[1].

- (وإنْ كان مِثلَ ما ادَّعتْهُ المرأةُ أو أكثرَ، قَضى بما ادَّعَتْهُ المرأةُ).

- (وإنْ كانَ مَهْرُ المِثلِ أكثرَ مِمَّا اعترَفَ به الزَّوجُ وأقلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ المرأةُ قَضى لها بِمَهرِ المِثْلِ)؛ لأنَّهما لمَّا تَحالَفا لم تَثبُتِ الزِّيادةُ على مَهرِ المِثلِ، ولا الحَطُّ عنه.

قال ﵀: ذَكَرَ التَّحالُفَ أوَّلاً ثمَّ التَّحكيمَ، وهذا قولُ الكرخيِّ ﵀؛ لأنَّ مهرَ المثلِ لا اعتبارَ له مع وُجودِ التَّسميةِ، وسُقوطُ اعتبارِها[2] بالتَّحالف، ولهذا يُقدَّمُ[3] في الوجوه كلِّها، ويبدأ بِيَمينِ الزَّوجِ عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدةِ النُّكولِ كما في المشتري، وتخريجُ الرَّازي بخلافِهِ، وقد استقصيناه في النِّكاح، وذكرنا خِلافَ أبي يوسفَ فلا نُعيده.

---

(١) أمَّا في صورة كونِ مهرِ المثلِ مِثلَ ما اعترَفَ به الزَّوجُ فظاهرٌ لِمُوافقةِ قولِهِ مهرَ المثل. وأمَّا في صورةِ كونِ مهرِ المثلِ أقلَّ ممَّا اعترف به الزَّوجُ، فلِكَون قولِهِ أقرَبَ إلى مهرِ المثلِ من قولها. فتح.

(٢) أي: اعتبار التَّسمية.

(٣) أي: التَّحالف.

ولوِ ادَّعَى الزَّوجُ النِّكاحَ على هذا العبدِ، والمرأةُ تَدَّعيهِ على هذه الجاريةِ، فهو كالمسألةِ المُتقدِّمة، إلَّا أنَّ قيمةَ الجاريةِ إذا كانت مِثلَ مَهرِ المِثْلِ يكونُ لها قِيمَتُها دونَ عَينِها، وإنِ اختَلَفا في الإجارةِ قَبْلَ استيفاءِ المَعقُودِ عليه، تَحالَفا وتَرادَّا، فإنْ وَقَعَ الاختلافُ في الأجرةِ يَبدأُ بِيَمينِ المُستأجِرِ، ....

(ولوِ ادَّعَى الزَّوجُ النِّكاحَ على هذا العبدِ[1]، والمرأةُ تَدَّعيهِ على هذه الجاريةِ، فهو كالمسألةِ المُتقدِّمة[2]، إلَّا أنَّ قيمةَ الجاريةِ إذا كانت مِثلَ مَهرِ المِثْلِ يكونُ لها[3] قِيمَتُها دونَ عَينِها)؛ لأنَّ تَملُّكَها لا يكونُ إلَّا بالتَّراضي، ولم يُوجَد، فوَجَبَت القيمةُ.

(وإنِ اختَلَفا في الإجارةِ قَبْلَ استيفاءِ المَعقُودِ عليه، تَحالَفا وتَرادَّا)، معناه: اختلفا في البَدَلِ أو في المُبدَلِ[4]؛ لأنَّ التَّحالُفَ في البيعِ قبلَ القبضِ على وِفاقِ القياسِ على ما مَرَّ[5]، والإجارةُ قبلَ قَبضِ المَنفعةِ نظيرُ البيعِ قبلَ قَبضِ المَبيعِ[6]، وكلامُنا قبلَ استيفاءِ المنفعةِ[7].

(فإنْ وَقَعَ الاختلافُ في الأجرةِ يَبدأُ بِيَمينِ المُستأجِرِ)؛ لأنَّه مُنكِرٌ لوجوبِ الأجرةِ.

---

(١) معناه: أنَّ الزَّوجَ ادَّعى أنَّ المهر هو هذا العبد، والمرأة قالت: المهر هذه الجارية.

(٢) يعني: أنَّه يُحكَّم مهرُ المثلِ أوَّلاً، فمَنْ شَهِد له فالقَولُ له، وإن كان بينهما يتحالفانِ، وإليه مالَ الإمامُ فخرُ الإسلام، وهو تخريجُ الرَّازي، وأمَّا على تخريجِ الكرخيِّ فيتحالفانِ أوَّلاً، كما تقدم. كذا في العناية.

(٣) أي: للمرأة.

(٤) المُبدَل هو المنافع التي وقع عقد الإجارة عليها.

(٥) أشار إلى قوله في أوَّل الباب: «لأنَّ البائع يدَّعي زيادة الثمن، والمشتري ينكر ...» انظر ص (٤٣٥).

(٦) من حيثُ إنَّ كلَّ واحدٍ منهما عقدُ معاوضةٍ يَلحَقُه الفسخُ ليس فيه معنى التَّبرُّع. بناية بتصرف.

(٧) أي: كلامنا الذي ذكرناه إنَّما هو عند الاختلافِ في الإجارةِ قبلَ استيفاءِ المعقودِ عليه، وأمَّا إذا اختلفا في استيفاء المعقود عليه فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى. بناية.

وإنْ وَقَعَ في المَنفَعةِ يَبدأُ بِيَمينِ المُؤجِّرِ، وأيُّهُما نَكَلَ لَزِمَهُ دَعوى صاحِبِهِ، وأيُّهُما أقامَ البيِّنَةَ قُبِلَتْ، ولو أقاماها فَبيِّنةُ المُؤجِّرِ أَولَى إنْ كانَ الاختلافُ في الأجرةِ، وإنْ كانَ في المَنافعِ فَبيِّنةُ المُستأجِرِ أولى، وإنْ كانَ فيهما قُبِلَتْ بَيِّنةُ كلِّ واحدٍ منهما فِيما يَدَّعيهِ مِنَ الفَضْلِ، وإنِ اختلَفا بعدَ الاستيفاءِ لم يَتَحالَفا، وكانَ القولُ قولَ المُستأجِرِ. ....

(وإنْ وَقَعَ في المَنفَعةِ يَبدأُ بِيَمينِ المُؤجِّرِ، وأيُّهُما نَكَلَ لَزِمَهُ دَعوى صاحِبِهِ، وأيُّهُما أقامَ البيِّنَةَ قُبِلَتْ، ولو أقاماها فَبيِّنةُ المُؤجِّرِ أَولَى إنْ كانَ الاختلافُ في الأجرةِ، وإنْ كانَ في المَنافعِ فَبيِّنةُ المُستأجِرِ أولى، وإنْ كانَ فيهما قُبِلَتْ بَيِّنةُ كلِّ واحدٍ منهما فِيما يَدَّعيهِ مِنَ الفَضْلِ)، نحو أنْ يَدَّعي هذا شهراً بعشَرَةٍ، والمستأجِرُ شهرينِ بخمسةٍ، يَقضي بشهرين بعشرة.

قال: (وإنِ اختلَفا بعدَ الاستيفاءِ لم يَتَحالَفا، وكانَ القَولُ قولَ المُستأجِرِ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهرٌ؛ لأنَّ هَلاكَ المَعقودِ عليه يَمنعُ التَّحالفَ عندهما، وكذا على أصلِ محمَّدٍ؛ لأنَّ الهلاكَ إنَّما لا يَمنَعُ[1] عنده في المَبيعِ؛ لما أنَّ له قيمةً تَقومُ مَقامَهُ، فَيتحالفانِ عليها، ولو جرى التَّحالفُ هاهنا وفُسِخَ العَقدُ[2] فلا قِيمةَ؛ لأنَّ المنافعَ لا تَتقوَّمُ بِنَفسِها بل بالعقدِ، وتَبيَّنَ أنَّه لا عقد. وإذا امتنَعَ فالقولُ للمستأجِرِ مع يمينِهِ؛ لأنَّه هو المُستحَقُّ عليه.

---

(١) أي: لا يمنعُ التَّحالف.

(٢) بناءً على أنَّ فائدةَ التَّحالف هي فسخ العقد، وفسخُ العقد يقتضي وجودَ المعقودِ عليه وما قام مَقامه من القيمة، وكلٌّ منهما غيرُ موجود في الإجارة:
- أمَّا عدمُ وجودِ المعقودِ عليه، وهو المنفعةُ، فلأنَّه عَرَضٌ، والعَرَضُ لا يبقى زمانين.
- وأمَّا عدمُ ما يقومُ مَقامَ المعقودِ عليه، وهو القيمة، فلأنَّ المنافع لا تتقوَّم بنفسها، بل بالعقد، وتبيَّنَ بِحَلِفِهما أنَّه لا عقدَ بينهما؛ لانفساخِهِ من أصل العقد، فلا يكون للمنفعة قيمةٌ يَرِد عليها الفسخُ، فيمتنع التَّحالف. عناية بتصرف.

وإنِ اختَلَفا بعدَ استيفاءِ بَعضِ المَعقُودِ عليه، تَحالَفا وفُسِخَ العقدُ فيما بَقِيَ، وكان القَولُ في الماضي قَولَ المُستأجِرِ. وإذا اختَلَفَ المَولَى والمُكاتَبُ في مالِ الكتابةِ، لم يَتَحالَفا عند أبي حنيفة، وقالا: يَتَحالَفانِ وتُفسَخُ الكتابَةُ. ....

(وإنِ اختَلَفا بعدَ استيفاءِ بَعضِ المَعقُودِ عليه، تَحالَفا وفُسِخَ العقدُ فيما بَقِيَ، وكان القَولُ في الماضي قَولَ المُستأجِرِ)؛ لأنَّ العقدَ يَنعقِدُ ساعةً فساعةً، فيصيرُ في كلِّ جزءٍ من المنفعةِ كأنَّه ابتداءُ العقدِ عليها، بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ العقدَ فيه دُفعةٌ واحدةٌ، فإذا تَعذَّرَ[1] في البعضِ تَعذَّر في الكلِّ.

قال: (وإذا اختَلَفَ المَولَى والمُكاتَبُ في مالِ الكتابةِ، لم يَتَحالَفا عند أبي حنيفة[2]. وقالا: يَتَحالَفانِ وتُفسَخُ الكتابَةُ)، وهو قولُ الشَّافعيِّ[3]؛ لأنَّه عقدُ مُعاوَضَةٍ يَقبَلُ الفَسخَ، فأشبَهَ البيعَ، والجامعُ أنَّ المولَى يدَّعي بدَلاً زائداً يُنكِرُه

---

(١) أي: إذا تعذَّر الفسخُ في بعضه بسبب هلاكِهِ، تعذَّر الفسخُ في الكلِّ.

(٢) والقولُ للعبد مع يمينه. بناية.

(٣) قال الماوردي في الحاوي (١٨/ ١٩٢) الكتب العلمية: إذا اختلفا في صفة الكتابة مع اتِّفاقهما على العقد، واختلافُهُما فيه قد يكون من أربعة أوجه: إما في قدر المال، أو يختلفان في صفته فيقول المكاتب: على دراهم سود، ويقول السيد: على دراهم بيض، أو يختلفان في الأجل، أو يختلفان في عدد النُّجوم، فيقول السَّيِّد: الأجلُ سنة قد اتفقنا عليها أنَّها في نجمين، ويقول المكاتب في أربعةِ أنجم.

فيكون اختلافهما في صفة الكتابة من هذه الأوجه الأربعة سواءٌ في الحكم، فإن كانت لأحدِهما بيِّنةٌ عُمِل عليها، وإن لم يكن لواحدٍ منهما بيِّنةٌ تَحالفا، كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا، فإن حلف أحدُهُما ونَكَل الآخَرُ، قُضي بقول الحالفِ منهما على النَّاكل، فإن حَلَفا معاً لم يَخلُ أن يكون ذلك قبل العتق أو بعده:

- فإن كان قبل العتق وقع الفسخ بينهما، وفيما يقع به الفسخ وجهان: أحدهما: بنفس التَّحالف، والثاني: بفسخ الحاكم، ويعود المكاتَبُ بعدَ الفسخ عبداً، وقد ملك السَّيِّد ما أخذه منه في الأداء.

- وإن كان تحالفهما بعد العتق وانفسخت الكتابة تراجعا، فيرجع السَّيِّد على مكاتَبِهِ بقيمته، ويرجعُ المكاتَبُ على السَّيِّد بما أدَّاه إليه. اهـ مختصرا.

وإذا اختَلَفَ الزَّوجانِ في مَتاعِ البيتِ، فَما يَصلُحُ لِلرِّجالِ فَهُو لِلرَّجلِ كالعِمامَةِ وما يَصلُحُ لِلنِّساءِ فَهُو لِلمَرأةِ كالوِقايةِ، وما يَصلُحُ لهما كالآنيةِ فهو لِلرَّجلِ، ......

العبدُ، والعبدُ يدَّعي استحقاقَ العِتقِ عليه[1] عندَ أداءِ القَدرِ الذي يدَّعيه، والمَولَى يُنكِرُه، فَيَتَحالفانِ كما إذا اختَلَفا[2] في الثَّمن.

ولأبي حنيفة: أنَّ البدَلَ مقابَلٌ بفَكِّ الحَجْر في حقِّ اليدِ والتَّصرُّفِ للحال[3]، وهو[4] سالمٌ للعبد، وإنَّما يَنقلِبُ مُقابَلاً بالعتقِ عندَ الأداءِ[5]، فقَبْلَهُ لا مُقابَلَة، فبقي اختلافاً في قَدْرِ البَدَل لا غير[6]، فلا يَتَحالفان.

قال: (وإذا اختَلَفَ الزَّوجانِ في مَتاعِ البيتِ، فَما يَصلُحُ لِلرِّجالِ فَهُو لِلرَّجلِ كالعِمامَةِ)؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ له، (وما يَصلُحُ لِلنِّساءِ فَهُو لِلمَرأةِ كالوِقايةِ)؛ لِشهادةِ الظَّاهر لها، (وما يَصلُحُ لهما كالآنيةِ، فهو لِلرَّجلِ)؛ لأنَّ المرأةَ وما في يَدِها في يدِ الزَّوجِ، والقولُ في الدَّعاوَى لصاحبِ اليد، بخلافِ ما يَختَصُّ بها لأنَّه يُعارِضُه ظاهِرٌ أقوى منه، ولا فرقَ بينَ ما إذا كان الاختلافُ في حالِ قيامِ النِّكاحِ، أو بعدما وَقعتِ الفُرقةُ.

---

(١) أي: على المولى.

(٢) أي: كما إذا اختلف المتبايعان في ثمن المبيع.

(٣) معناه: أنَّ الكتابةَ عَقدُ مُعاوَضةٍ وَجَبَ به البدلُ على العبدِ في مُقابَلَةِ فَكِّ الحَجْرِ في حقِّ اليدِ والتَّصرُّفِ في الحال. عناية.

(٤) أي: والتَّصرُّفُ سالمٌ للعبد؛ لاتِّفاق العبدِ والمولى على ثُبوت المكاتبة.

(٥) أي: إنَّما ينقلب البدلُ من كونه مقابَلاً بفكِّ الحَجرِ إلى كونه مقابَلاً بالعتقِ عند الأداءِ.

(٦) يعني: إذا كان ما يُقابِلُ البدَلَ في الحالِ سالماً للعبد، فقد بَقِي أمرُهُما اختلافاً في قَدرِ البدلِ لا غير، فلا يَتَحالفان؛ لأنَّ العبدَ لا يدَّعي شيئاً على المولى، بل هو مُنكِرٌ لِما يدَّعيه المولى من الزِّيادة، والقولُ قولُ المُنكِرِ مع يمينه. فتح.

فإنْ ماتَ أحَدُهما واختَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ، فما يَصلُحُ لِلرِّجالِ والنِّساءِ فهو لِلباقي منهما، والطَّلاقُ والمَوتُ سواءٌ. وقال محمد: وما كانَ لِلرِّجالِ فهو لِلرَّجلِ، وما كان لِلنِّساءِ فهو لِلمَرأةِ، وما يَكونُ لهما فهو لِلرَّجلِ أو لِوَرثَتِهِ، والطَّلاقُ والموتُ سواءٌ. وإنْ كانَ أحَدُهما مَملُوكاً، فالمَتاعُ لِلحُرِّ في حالَةِ الحياةِ، ولِلحَيِّ بعدَ المَماتِ ....

(فإنْ ماتَ أحَدُهما واختَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ، فما يَصلُحُ لِلرِّجالِ والنِّساءِ فهو لِلباقي منهما)؛ لأنَّ اليدَ للحَيِّ دونَ الميِّتِ، وهذا الذي ذكرناه[١] قولُ أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يُدفَع إلى المرأةِ ما يُجَهَّزُ به مِثلُها[٢]، والباقي لِلزَّوج مع يَمينِهِ؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ المرأةَ تأتي بالجَهازِ، وهذا[٣] أقوى، فَيَبطُلُ به ظاهرُ يدِ الزَّوجِ، ثمَّ في الباقي لا مُعارِضَ لِظاهره، فَيُعتَبَرُ[٤].

(والطَّلاقُ والمَوتُ سواءٌ[٥])؛ لقيامِ الورثةِ مَقامَ مُورِّثِهِم.

(وقال محمد: وما كانَ لِلرِّجالِ فهو لِلرَّجلِ، وما كان لِلنِّساءِ فهو لِلمَرأةِ، وما يَكونُ لهما فهو لِلرَّجلِ أو لِوَرثَتِهِ)؛ لِما قلنا لأبي حنيفة[٦].

(والطَّلاقُ والموتُ سواءٌ)؛ لقيامِ الوارثِ مَقامَ المُورِّثِ.

(وإنْ كانَ أحَدُهما مَملُوكاً، فالمَتاعُ لِلحُرِّ في حالَةِ الحياةِ)؛ لأنَّ يدَ الحرِّ أقوى، (ولِلحَيِّ بعدَ المَماتِ)؛ لأنَّه لا يَدَ للميِّتِ، فخَلَتْ يدُ الحيِّ عن المُعارِضِ،

---

(١) أي: هذا المذكورُ من حيث الجملةُ لا من حيثُ التَّفصيل، من أوَّل المسألة إلى آخرها؛ لأنَّ المذكور من حيثُ التَّفصيلُ ليس قولَ أبي حنيفة خاصَّةً، فإنَّ كونَ ما يَصلُحُ للرِّجال فهو للرَّجل، وما يصلُحُ للنِّساء فهو للمرأة بالإجماع، فلا اختصاص له بذلك. عناية بتصرف.

(٢) معناه: ممَّا يصلُح لها.

(٣) أي: هذا الظَّاهر.

(٤) أي: فيكون معتَبَراً.

(٥) أي: عند أبي يوسف. فتح.

(٦) أي: من الدَّليل، وهو أنَّ المرأةَ وما في يَدِها في يَدِ الزَّوج، والقولُ لصاحبِ اليدِ.

وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: العبدُ المأذونُ لَهُ في التِّجارةِ والمُكاتَبُ بمنزلةِ الحُرِّ.

(وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: العبدُ المأذونُ لَهُ في التِّجارةِ والمُكاتَبُ بمنزلةِ الحُرِّ)؛ لأنَّ لهما يداً مُعتبرَةً في الخصومات[١].

---

(١) ولهذا لو اختَصَم الحرُّ والمكاتَبُ في شيءٍ هو في أيديهما قَضَى به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كان في يدِ ثالثٍ وأقاما البيِّنةَ استويا فيه، فكما لا يترجَّحُ الحُرُّ بالحرِّيَّة في سائر الخُصوماتِ، فكذا في متاع البيت. فتح.

فصل فيمن لا يكون خصما

وإنْ قال المُدَّعَى عليه: «هذا الشَّيءُ أَوْدَعَنيهِ فُلانٌ الغائبُ» أو «رَهَنَهُ عندي» أو «غَصَبتُهُ منه»، وأقامَ بيِّنةً على ذلكَ، فلا خُصومَةَ بينه وبينَ المُدَّعِي. ....

(فصل فيمن لا يكون خصما)

(وإنْ قال المُدَّعَى عليه: «هذا الشَّيءُ أَوْدَعَنيهِ فُلانٌ الغائبُ» أو «رَهَنَهُ عندي» أو «غَصَبتُهُ منه»، وأقامَ بيِّنةً على ذلكَ، فلا خُصومَةَ بينه وبينَ المُدَّعِي)، وكذا إذا قال: «آجَرَنيهِ» وأقامَ البيِّنةَ؛ لأنَّه أثبتَ بِبيِّنَتِهِ أنَّ يدَهُ ليست بيدِ خُصومةٍ.

وقال ابن شبرمة: لا تندفعُ الخُصومةُ[١]؛ لأنَّه تعذَّرَ إثباتُ المِلكِ للغائبِ؛ لِعَدَمِ الخَصمِ عنه[٢]، ودَفعُ الخُصومةِ بناءً عليه[٣].

قلنا[٤]: مُقتَضَى البيِّنةِ[٥] شيئان:

- ثبوتُ المِلكِ للغائبِ، ولا خَصْمَ فيه، فلم يثبت.

- ودَفعُ خُصومةِ المُدَّعي، وهو[٦] خَصمٌ فيه، فيثبتُ[٧]، وهو كالوكيلِ بِنَقلِ المرأةِ وإقامَتِها البيِّنةَ على الطَّلاقِ[٨]، ....

(١) أي: وإن أقام البيِّنةَ.

(٢) أي: عن الغائب، وإثباتُ الملك للغائب بدون الخُصومةِ متعذِّرٌ؛ إذ ليس لأحد ولايةُ إدخالِ شيءٍ في ملكِ غيرِهِ بغير رضاه. بناية.

(٣) أي: على إثباتِ المِلْك، والبناءُ على المُتعذِّر مُتعذِّرٌ.

(٤) أي: في الجواب عمَّا قاله ابن شبرمة.

(٥) أي: التي أقامها المدَّعى عليه.

(٦) أي: المدَّعى عليه.

(٧) أي: يثبتُ دفعُ الخصومة في حقِّه.

(٨) أي: ما نحن فيه نظيرُ ما إذا وَكَّلَ وكيلاً بِنَقلِ امرأته إليه، فأقامت المرأةُ بيِّنةً أنَّ الزَّوجَ طلَّقَها، فإنَّ بيِّنتَها تُقبَلُ لِقِصَرِ يدِ الوكيل عنها، ولا تُقبلُ في وُقوعِ الطَّلاقِ ما لم يَحضُرِ الغائب. فكذا ما نحن فيه تُقبَلُ البيِّنةُ لِدَفعِ خصومةِ المُدَّعي عن المُدَّعى عليه، ولا تُقبلُ في إثباتِ الملكِ للغائبِ، وهذا لأنَّ مقصودَ =

[وقال أبو يوسف: إنْ كان الرَّجلُ صالحاً فالجوابُ كما قلناه، وإنْ كان مَعروفاً بالحِيَلِ لا تَندفعُ عنه الخُصومةُ]. ولو قال الشُّهودُ: «أودَعَهُ رَجلٌ لا نَعرِفُهُ» لا تَندفِعُ عنه الخُصومةُ، ....

كما بيَّنَّاه من قبل[1].

ولا تَندفِعُ[2] بدونِ إقامةِ البيِّنةِ، كما قاله ابنُ أبي ليلى، لأنَّه صار خصماً بظاهِرِ يدِهِ، فهو بإقرارِهِ يريدُ أن يُحوِّلَ حقَّاً مُستحَقَّاً على نفسِهِ، فلا يُصدَّقُ إلَّا بالحُجَّة، كما إذا ادَّعى تحوُّلَ الدَّينِ من ذمَّتِهِ إلى ذمَّةِ غيرِهِ.

(وقال أبو يوسف: إنْ كان الرَّجلُ صالحاً فالجوابُ كما قلناه[3]، وإنْ كان مَعروفاً بالحِيَلِ لا تَندفعُ عنه الخُصومةُ[4])؛ لأنَّ المُحتالَ من النَّاسِ قد يدفَعُ مالَهُ إلى مُسافرٍ يُودِعُهُ إيَّاهُ، ويُشهِدُ عليه الشُّهودَ، فَيحتالُ لإبطالِ حقِّ غيرِهِ، فإذا اتَّهمَه القاضي به لا يَقبَلُه.

(ولو قال الشُّهودُ: «أودَعَهُ رَجلٌ لا نَعرِفُهُ» لا تَندفِعُ عنه الخُصومةُ)؛ لاحتمالِ أن يكونَ المُودِعُ هو هذا المُدَّعي، ولأنه[5] ما أحاله[6] إلى مُعيَّن يُمكِن للمُدَّعي اتِّباعُه، فلو اندفعتِ[7] لَتَضرَّر به المُدَّعي.

ولو قالوا: «نَعرِفُه بوجهِهِ، ولا نَعرِفُه باسمِهِ ونسبِهِ» فكذلك الجوابُ عند محمَّد؛

= المُدَّعى عليه بإقامةِ البيِّنةِ ليس إثباتَ الملكِ للغائب، وإنَّما مقصودُهُ بها إثباتُ أنَّ يدَهُ يدُ حِفظٍ لا يدَ خُصومةٍ، وفي هذا المُدَّعي خَصمٌ له، فَيُجعلُ إثباتُهُ عليه بمنزلةِ إقرارِ خَصمِهِ بذلك. فتح.

(١) أي: في باب الوكالة بالخصومة، انظر ص (٣٩٨).

(٢) أي: الخصومة.

(٣) من أنَّه تَندفِعُ عنه الخُصومةُ بإقامةِ البيِّنةِ.

(٤) أي: وإن أقام البيِّنة، كما قال ابن شبرمة.

(٥) أي: ذو اليد.

(٦) أي: ما أحال المدَّعي.

(٧) أي: الخصومةُ.

وإنْ قال: «اِبتَعْتُهُ مِنَ الغائبِ» فهو خَصْمٌ، وإنْ قال المُدَّعي: «غَصَبْتَهُ منِّي» أو «سَرَقْتَهُ منِّي»، لا تَندَفِعُ الخُصومَةُ وإن أقامَ ذو اليدِ البيِّنةَ على الوَديعةِ، ....

للوجهِ الثَّاني[1]، وعند أبي حنيفة: تَندفِعُ؛ لأنَّه أثبتَ ببيِّنتِهِ أنَّ العينَ وصلت إليه من جهةِ غيرِهِ، حيثُ عَرَفه الشُّهودُ بوجهِهِ[2]، بخلاف الفَصلِ الأوَّل، فلم تكن يدُهُ يدَ خُصومةٍ، وهو المقصود، والمُدَّعي هو الذي أضرَّ بنفسِهِ حيثُ نسي خَصْمَه أو أضَرَّهُ شهودُهُ دونَ المدَّعى عليه.

وهذه المسألةُ مُخَمَّسةُ[3] كتابِ الدَّعوى، وقد ذكرنا الأقوالَ الخمسةَ.

(وإنْ قال: «اِبتَعْتُهُ مِنَ الغائبِ» فهو خَصْمٌ)؛ لأنَّه لمَّا زَعَم أنَّ يدَهُ يدُ مِلكٍ، اعترَفَ بكونه خَصماً.

(وإنْ قال المُدَّعي: «غَصَبْتَهُ منِّي» أو «سَرَقْتَهُ منِّي»، لا تَندَفِعُ الخُصومَةُ وإن أقامَ ذو اليدِ البيِّنةَ على الوَديعةِ)؛ لأنَّه إنَّما صار خصماً بدعوى الفعلِ عليه[4]، لا بيدِهِ، بخلافِ دَعوى المِلكِ المُطلَقِ؛ لأنَّه[5] خصمٌ فيه باعتبارِ يدِهِ، حتَّى لا يصحُّ دعواهُ[6] على غيرِ ذي اليدِ، ويصحُّ دعوى الفعلِ[7].

(١) وهو قوله: «ما أحالَهُ إلى معيَّنٍ يمكن للمدَّعي اتِّباعُه»، فصار بمنزلة ما لو قال: «أودَعَه رجلٌ لا نعرفه»، وهذا لأنَّ المعرفةَ بالوجهِ ليست بمعرفةٍ، على ما روي عن رسول الله ﷺ أنَّه قال لرجل: «أتعرِفُ فلاناً»؟ قال: نعم، فقال: «هل تعرفُ اسمَهُ ونسَبَهُ»؟ فقال: لا، فقال: «إذاً لا تَعرِفُه». عناية.

(٢) وللعلمِ بيقينٍ حينئذٍ أنَّ المودِعَ غيرُ المدَّعى عليه، فتفيد الشَّهادةُ أنَّ يدَ صاحب اليدِ ليست بيد خصومةٍ، وهو المقصود.

(٣) سمِّيت مُخمَّسةً، إمَّا لأنَّ فيها خمسةَ أقوال، وقد ذكرها المؤلف، أو لأنَّ فيها خمس صور، وهي: الإيداع، والإعارة، والإجارة، والرَّهن، والغصب. فتح.

(٤) أي: بدعوى المُدَّعي الفِعلَ - وهو الغَصبُ، أو السَّرقةُ - على ذي اليد.

(٥) أي: ذو اليد.

(٦) أي: دعوى الملكِ المطلق.

(٧) أي: يصحُّ دعوى الفعلِ على غير ذي اليد، كما يصحُّ دعواه على ذي اليد.

وإنْ قال المُدَّعي: «سُرِقَ منِّي»، وقال صاحبُ اليدِ: «أودَعَنيهِ فلانٌ» وأقامَ البيِّنةَ، لم تَندفِعِ الخُصومةُ، وإنْ قال المُدَّعِي: «اِبتَعْتُهُ من فُلانٍ»، وقال صاحبُ اليدِ: «أَودَعَنيهِ فلانٌ ذلك» أُسقِطَتِ الخُصومةُ بِغَيرِ بيِّنةٍ.

(وإنْ قال المُدَّعي: «سُرِقَ منِّي»، وقال صاحبُ اليدِ: «أودَعَنيهِ فلانٌ» وأقامَ البيِّنةَ، لم تَندفِعِ الخُصومةُ)، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو استحسانٌ، وقال محمد: تندفعُ؛ لأنَّه لم يدَّعِ الفعلَ عليه، فصار كما إذا قال: «غُصِبَ منِّي» على ما لم يُسَمَّ فاعله.

ولهما: أنَّ ذِكرَ الفعلِ يَستدعي الفاعلَ لا مَحالةَ، والظَّاهرُ أنَّه هو الذي في يدِهِ، إلا أنَّه لم يُعيِّنهُ دَرْءاً للحدِّ شفقةً عليه، وإقامَةً لِحُسبةِ السَّتْرِ، فصار كما إذا قال: «سُرِقتُ»، بخلافِ الغَصبِ؛ لأنَّه لا حدَّ فيه، فلا يَحترِزُ عن كَشفِهِ.

(وإنْ قال المُدَّعِي: «اِبتَعْتُهُ من فُلانٍ»، وقال صاحبُ اليدِ: «أَودَعَنيهِ فلانٌ ذلك» أُسقِطَتِ الخُصومةُ بِغَيرِ بيِّنةٍ)؛ لأنَّهما تَوافَقا على أنَّ أصلَ الملكِ فيه لغيره[1]، فيكونُ وُصولُها إلى يدِ ذي اليد من جهتِهِ، فلم تكن يدُهُ يدَ خُصومةٍ، إلَّا أن يُقيمَ البيِّنةَ أنَّ فلاناً وكَّلَه بِقَبضِهِ؛ لأنَّه أثبتَ بِبيِّنتِهِ كونَهُ أحَقَّ بإمساكها، والله أعلم.

---

(١) أي: لغير صاحب اليد.

باب ما يدعيه الرجلان

وإذا ادَّعى اثنانِ عَيْناً في يدِ آخَرَ، كُلٌّ واحدٍ منهما يَزعُمُ أنَّها لَهُ وأقامَا البيِّنةَ، قُضِي بها بينهما، ....

(باب ما يدعيه الرجلان)

قال: (وإذا ادَّعى اثنانِ عَيْناً في يدِ آخَرَ، كُلٌّ واحدٍ منهما يَزعُمُ أنَّها لَهُ وأقامَا البَيِّنَةَ، قُضِي بها بينهما[1])، وقال الشَّافعيُّ[2] في قولٍ: تَهاتَرَتا[3]، وفي قول: يُقرَع بينهما؛ لأنَّ إحدى البيِّنتينِ كاذبةٌ بيقينٍ؛ لاستحالةِ اجتماع المِلكَين في الكلِّ في حالةٍ واحدةٍ، وقد تعذَّرَ التَّمييزُ فَيَتهاتَران، أو يُصارُ إلى القُرعة؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ أقرَعَ فيه وقال: «اللَّهمَّ أنتَ الحَكَمُ بينهما»[4].

---

(١) أي: نصفين.

(٢) قال النووي في الروضة (٨/ ٣٢٩) الكتب العلمية: إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث، فلا يخفى:
- أنَّ المدَّعى عليه يَحلِف لكلٍّ واحد منهما يميناً إن ادَّعاها لنفسه، ولا بينةَ لواحد منهما.
- وأنَّه لو اختصَّ أحدُهُما ببيِّنةٍ على ما يدَّعيه، قضي له.
- وإن أقام كلٌّ واحدٍ بيِّنةً، تعارَضَتا، وفيهما قولان أظهرُهما يسقطان، فكأنَّه لا بيِّنةَ، فيصار إلى التَّحليف، والثاني: يُستعملان، فَيَنتزع العين ممن هي في يده، ثمَّ في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال، أحدها: تُقسَم العينُ المُدَّعاة بينهما، والثاني: تُوقَف إلى تبيُّنِ الأمر أو يصطلح، والثالث: يُقرَع، فيأخذها من خرجت قرعته.
وهل يحتاج معها إلى يمين؟ قولان، أحدُهُما لا، والقرعةُ مرجِّحةٌ لبيِّنتِهِ، والثاني نعم، والقرعةُ تجعَلُ أحدَهُما أحقَّ باليمين، فعلى هذا يَحلِفُ مَن خرجت قرعتُهُ: أنَّ شهودَهُ شهدوا بالحق، ثمَّ يقضي له.

(٣) أي: تَساقَطَتا وبَطَلتا، مأخوذٌ من «الهِتْر» بكسر الهاء، وهو السَّقَط من الكلام والخَطأُ فيه، كذا في المغرب.

(٤) أخرج الطبراني في الأوسط (٤/ ٢٠٤) (٣٩٨٥) عن أبي هريرة أنَّ رجلين اختَصَما إلى رسولِ الله ﷺ، فجاء كلٌّ واحدٍ منهما بِشُهودٍ عُدُولٍ في عدةٍ واحدةٍ، فَساهَمَ بينهما رسولُ الله ﷺ، وقال: «اللَّهمَّ اقضِ بينهما».

فَإِنِ ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما نِكاحَ امرأةٍ، وأقاما بَيِّنةً، لم يُقضَ بِواحِدَةٍ مِنَ البَيِّنَتَيْنِ ويَرجعُ إلى تَصديقِ المَرأةِ لأَحَدِهما، وإنْ أقَرَّتْ لأحَدِهما قبلَ إقامةِ البيِّنةِ فهي امرأتُهُ، وإنْ أقامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ قُضِي بها، ....

ولنا: حديثُ تَميم بنِ طرفة «أنَّ رجلَينِ اختصَما إلى رسول الله ﷺ في ناقةٍ، وأقام كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ فقضَى بها بينهما نصفين»[١].

وحديثُ القُرعةِ كان في الابتداءِ ثمَّ نُسِخ، ولأنَّ المُطلِقَ[٢] للشَّهادةِ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما مُحتَمِلُ الوجودِ، بأن يَعتمِدَ أحدُهُما سببَ المِلكِ[٣] والآخَرُ اليدَ، فصَحَّتِ الشَّهادتانِ، فيجبُ العملُ بهما ما أمكن، وقد أمكَنَ بالتَّنصيفِ؛ إذِ المَحَلُّ يَقبلُهُ، وإنَّما يُنَصَّف لاستوائهما في سببِ الاستحقاق[٤].

قال: (فإنِ ادَّعى كُلُّ واحدٍ منهما نِكاحَ امرأةٍ، وأقاما بَيِّنةً، لم يُقضَ بواحِدَةٍ مِنَ البَيِّنتَينِ)؛ لِتعذُّرِ العملِ بهما؛ لأنَّ المحَلَّ لا يَقبَلُ الاشتراكَ.

قال: (ويَرجعُ إلى تَصديقِ المَرأةِ لأحَدِهما)؛ لأنَّ النِّكاحَ مِمَّا يُحكَم به بِتَصادُقِ الزَّوجينِ، وهذا إذا لم تُؤقَّت البيِّنتان، فأمَّا إذا وَقَّتا فصاحبُ الوقتِ الأوَّل أولى.

(وإنْ أقَرَّتْ لأحَدِهما قبلَ إقامةِ البيِّنةِ فهي امرأتُهُ) لِتَصادُقِهِما، (وإنْ أقامَ الآخَرُ البيِّنَةَ قُضِي بها)؛ لأنَّ البيِّنَةَ أقوى من الإقرار.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: في الرجلين يختصمان في الشيء فيقيم أحدهما بينته (٢١١٥٧) عن تميمِ بنِ طَرَفة أنَّ رجلين ادَّعيا بعيراً، فأقامَ كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنَّه له فقضى به النَّبيُّ ﷺ أنَّه بينهما.
وأخرج الحاكم (٤/ ١٠٧) (٧٠٣٢)، وأبو داود في الأقضية، باب: الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بينة (٣٦١٣) عن أبي موسى الأشعري: أنَّ رجلين ادَّعيا بعيراً أو دابَّةً إلى النَّبيِّ ﷺ، ليست لواحدٍ منهما بيِّنةٌ، فجعَلَه النَّبيُّ ﷺ بينهما.

(٢) أي: المجوِّز.

(٣) كالشِّراء مثلاً.

(٤) وهو البيِّنة. والله أعلم.

ولو تفرَّد أحدُهُما بالدَّعوى والمرأةُ تَجْحَدُ، فأقامَ البيِّنةَ وقَضَى بها القاضي له، ثمَّ ادَّعى الآخَرُ وأقامَ البيِّنةَ على مِثل ذلك، لا يُحكَمُ بها، إلَّا أنْ يُؤقِّتَ شُهودُ الثَّاني سابِقاً. ولوِ ادَّعَى اثنانِ كُلُّ واحدٍ منهما أنَّه اشتَرَى منه هذا العبدَ وأقاما بَيِّنةً، فكُلُّ واحدٍ منهما بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَ نِصفَ العَبدِ بِنِصْفِ الثَّمنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ، ....

(ولو تفرَّد أحدُهُما بالدَّعوى والمرأةُ تَجْحَدُ، فأقامَ البيِّنةَ وقَضَى بها القاضي له، ثمَّ ادَّعى الآخَرُ وأقامَ البيِّنةَ على مِثل ذلك، لا يُحكَمُ بها)؛ لأنَّ القضاءَ الأوَّلَ قد صَحَّ، فلا يُنقَضُ بما هو مِثلُهُ، بل هو دُونَه[1]، (إلَّا أنْ يُؤقِّتَ شُهودُ الثَّاني سابِقاً)؛ لأنَّه ظهر الخَطأ في الأوَّل بيقينٍ.

وكذا إذا كانتِ المرأةُ في يدِ الزَّوجِ ونكاحُهُ ظاهرٌ، لا تُقبلُ بيِّنةُ الخارجِ إلَّا على وجهِ السَّبق[2].

قال: (ولوِ ادَّعَى اثنانِ كُلُّ واحدٍ منهما أنَّه اشتَرَى منه هذا العبدَ)، معناه: من صاحبِ اليدِ، (وأقاما بَيِّنةً، فكُلُّ واحدٍ منهما بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَ نِصفَ العَبدِ بِنِصْفِ الثَّمنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ)؛ لأنَّ القاضي يَقضِي بينهما نِصفَينِ؛ لاستوائِهِما في السَّبَبِ، فصار كالفُضُوليَّينِ إذا باعَ كلُّ واحدٍ منهما مِنْ رَجلٍ، وأجاز المالكُ البَيعَينِ، يُخيَّر كلُّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه تغيَّرَ عليه شَرطُ عقدِهِ[3]، فلعلَّ رغبتَهُ في تَملُّكِ الكُلِّ، فيردُّهُ ويأخذُ كلَّ الثَّمن.

---

(١) أي: بل البيِّنةُ الثانيةُ دونَ البيِّنة الأولى؛ لاتِّصال البيِّنةِ الأولى بالقضاء.

(٢) أي: إلا على وجه أنَّ بيِّنَتَه تشهدُ أنَّ نكاحه قبل نكاح الأوَّل.

(٣) وهو رضاه؛ لأنَّه ما رضي بالعقدِ إلَّا لِيَسلمَ له كلُّ المبيع، فإذا لم يَسلَم اختلَّ رضاه بِتفرُّقِ الصَّفقةِ عليه. بناية.

فإنْ قَضَى القاضي به بينهما، فقال أحَدُهما: «لا أختارُ النِّصفَ» لَمْ يكنْ لِلآخَرِ أنْ يَأخُذَ جَمِيعَهُ، ولو ذَكَرَ كلٌّ واحدٍ منهما تاريخاً، فهو لِلأوَّلِ منهما، ولو وَقَّتَتْ إحداهُما ولم تُوَقِّتِ الأُخرى، فهو لِصاحِبِ الوَقتِ، ....

(فإنْ قَضَى القاضي به بينهما، فقال أحَدُهما: «لا أختارُ النِّصفَ» لَمْ يكنْ لِلآخَرِ أنْ يَأخُذَ جَمِيعَهُ)؛ لأنَّه صار مَقضيّاً عليه في النِّصف، فانفسَخَ البيعُ فيه.

وهذا[1] لأنَّه خَصْمٌ فيه[2] لِظُهور استحقاقِهِ بالبيِّنةِ لولا بيِّنةُ صاحِبِهِ، بخلافِ ما لو قال ذلك قبلَ تَخييرِ القاضي، حيثُ يكونُ له أن يأخُذَ الجَميعَ؛ لأنَّه يدَّعي الكُلَّ، ولم يُفسَخْ سَبَبُه[3]، والعَودُ إلى النِّصف لِلمُزاحمةِ[4]، ولم توجد.

ونظيرُهُ[5] تَسليمُ أحدِ الشَّفيعينِ قبلَ القضاءِ[6]، ونظيرُ الأوَّل[7] تَسليمُهُ بعد القَضاءِ[8].

(ولو ذَكَرَ كلٌّ واحدٍ منهما تاريخاً، فهو لِلأوَّلِ منهما)؛ لأنَّه أثبتَ الشِّراءَ في زمانٍ لا يُنازِعُه فيه أحدٌ، فاندفَعَ الآخَرُ به.

(ولو وَقَّتَتْ إحداهُما ولم تُوَقِّتِ الأُخرى، فهو لِصاحِبِ الوَقتِ)؛ لثبوت مِلكِهِ

---

(١) جواب سؤال مقدَّر، وهو: كيف يكون مقضيّاً عليه وهو مدَّعٍ؟
(٢) أي: في النِّصف المقضي به.
(٣) أي: سبب استحقاق الكلِّ في الشَّيء.
(٤) يعني: إنَّما كان القضاءُ له بالنِّصف لمانعٍ، وهو مزاحمةُ صاحبِهِ له، فإذا زالَ المانعُ حيثُ لم تُوجَدِ المزاحمةُ قُضِي له بالكل. فتح.
(٥) أي: نظيرُ ما قال أحَدُ مُدَّعي الشِّراء: «لا أختار الأخذ» قبلَ تَخييرِ القاضي.
(٦) أي: تسليمُ أحدِهما الشُّفعةَ قبلَ قضاءِ القاضي بها لهما، حيثُ يكونُ للآخَرِ أن يأخُذَ جميعَ الدَّار. فتح.
(٧) أي: نظيرُ ما قال أحَدُ مدَّعِي الشِّراء: «لا أختارُ الأخذَ» بعدَ قضاءِ القاضي لهما بالخيار.
(٨) أي: تَسليمُ أحدِ الشَّفيعينِ الشُّفعةَ بعدَ قَضاءِ القاضي بها لهما، حيثُ لا يكونُ لِلآخَرِ إلَّا أخذُ نصفِ الدَّار. فتح.

وإنْ لم يَذكُرا تاريخاً ومَعَ أحدِهِما قَبْضٌ، فهو أولى، وإنِ ادَّعَى أحَدُهما شِراءً والآخَرُ هِبَةً وقَبْضاً وأقاما بَيِّنةً ولا تاريخَ معهما، فالشِّراءُ أولى، والهِبةُ والقَبضُ والصَّدقةُ مع القَبضِ سواءٌ، حتَّى يُقضَى بينهما، ....

في ذلك الوقتِ، واحتمَلَ الآخَرُ أن يكونَ قبلَهُ أو بعدَهُ، فلا يُقضى له بالشَّكِّ.

(وإنْ لم يَذكُرا تاريخاً ومَعَ أحدِهِما قَبْضٌ، فهو أولى)، ومعناه: أنَّه في يدِهِ؛ لأنَّ تمكُّنَه من قَبضِهِ يدلُّ على سَبقِ شرائِهِ، ولأنَّهما استويا في الإثباتِ فلا تُنقَض اليدُ الثَّابتةُ بالشَّكِّ، وكذا لو ذَكَر الآخَرُ وقتاً[١]؛ لِما بيَّنَّا[٢]، إلَّا أنْ يَشهدُوا أنَّ شِراءَه كان قبلَ شراءِ صاحبِ اليدِ؛ لأنَّ الصَّريحَ يَفوقُ الدِّلالةَ.

قال: (وإنِ ادَّعَى أحَدُهما شِراءً والآخَرُ هِبَةً وقَبْضاً)، معناه: من واحد[٣] (وأقاما بَيِّنةً ولا تاريخَ معهما، فالشِّراءُ أولى)؛ لأنَّ الشِّراءَ أقوى لكونه مُعاوَضةً من الجانبين، ولأنَّه يُثبِتُ المِلكَ بنفسِهِ، والمِلكُ في الهبةِ يتوقَّفُ على القبضِ، وكذا الشِّراءُ والصَّدقةُ مع القبضِ؛ لِما بيَّنَّا[٤].

(والهِبةُ والقَبضُ والصَّدقةُ مع القَبضِ سواءٌ[٥]، حتَّى يُقضَى بينهما[٦]) لاستوائهما في وجهِ التَّبرُّعِ، ولا ترجيحَ باللُّزومِ[٧]؛ لأنَّه[٨] يَرجِعُ إلى المآلِ، والتَّرجيحُ

---

(١) أي: لو ذكر غيرُ القابضِ وقتاً، كان العبدُ لذي اليدِ أيضاً.

(٢) إشارةُ إلى قوله: «لأنَّ تَمكُّنَه من قَبضِه يدلُّ على سَبقِ شرائه». عناية.

(٣) أي: معنى ما قاله القدوري: ادَّعى أحدُهما شراءً والآخَرُ هبةً وقبضاً من شَخصٍ واحدٍ، وإنَّما قيَّد به احترازاً عمَّا إذا كان ذلك من اثنتين، فإنَّ المُدَّعِيَين حينئذٍ سواءٌ، ولا أولويةَ للشِّراء على الهبة، كما سيجيء بعد. بناية.

(٤) أشار إلى ما ذكره قبل قليل من الوجهين في أنَّ الشِّراء أقوى.

(٥) معناه: إذا ادَّعى أحدُهما هِبةً وقَبضاً، وادَّعى الآخَرُ صدقةً وقبضاً، فهما سواءٌ.

(٦) أي: نصفين.

(٧) هذا جوابٌ عمَّا يقال: لا نُسلِّم التَّساوي، فإنَّ الصَّدقةَ لازمةٌ لا تقبلُ الرُّجوعَ، دونَ الهبةِ. بناية.

(٨) أي: لأنَّ اللُّزومَ ممَّا يظهرُ أثرُهُ في ثاني الحال؛ إذ اللُّزومُ عبارةٌ عن عدم صحَّةِ الرُّجوع في المستقبل. بناية.

وإذا ادَّعَى أحَدُهما الشِّراءَ، وادَّعتِ امرأتُهُ أنَّه تزوَّجَها عليه، فهما سواءٌ، وإنِ ادَّعَى أحَدُهما رَهْناً وقَبْضاً، والآخَرُ هِبَةً وقَبْضاً، وأقاما بيِّنةً، فالرَّهنُ أولى. ....

بمعنى قائمٍ في الحال[١].

وهذا[٢] فيما لا يَحتمِلُ القسمةَ صحيحٌ، وكذا فيما يَحتمِلُها عند البعض؛ لأنَّ الشُّيوعَ طارئٌ، وعند البعضِ لا يصحُّ؛ لأنَّه تنفيذُ الهبةِ في الشَّائعِ، وصار كإقامةِ البيِّنتينِ على الارتهانِ، وهذا أصحُّ.

قال: (وإذا ادَّعَى أحَدُهما الشِّراءَ، وادَّعتِ امرأتُهُ أنَّه تزوَّجَها عليه[٣]، فهما سواءٌ[٤])؛ لاستوائهما في القُوَّة، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما عقدُ مُعاوَضةٍ يُثبِتُ المِلكَ بنفسِهِ، وهذا عند أبي يوسف.

وقال محمد: الشِّراءُ أولى، ولها على الزَّوجِ القيمةُ؛ لأنَّه أمكَنَ العملُ بالبيِّنتين بتقديمِ الشِّراءِ، إذِ التَّزوُّجُ على عَينٍ مملوكةٍ للغيرِ صحيحٌ، وتجبُ قيمتُهُ عند تعذُّرِ تسليمِهِ.

(وإنِ ادَّعَى أحَدُهما رَهْناً وقَبْضاً، والآخَرُ هِبَةً وقَبْضاً، وأقاما بيِّنةً، فالرَّهنُ أولى) وهذا استحسانٌ، وفي القياس: الهبةُ أولى؛ لأنَّها تُثبِتُ المِلكَ، والرَّهنُ لا يُثبِتُه.

وجهُ الاستحسان: أنَّ المقبوضَ بِحُكمِ الرَّهنِ مَضمونٌ، وبِحُكمِ الهبةِ غيرُ مَضمونٍ، وعقدُ الضَّمانِ أقوى.

بخلافِ الهبةِ بشرطِ العِوَضِ؛ لأنَّه بيعٌ انتهاءً، والبيعُ أولى من الرَّهنِ؛ لأنَّه عقدُ

---

(١) أي: والتَّرجيحُ إنَّما يكون بمعنى قائمٍ في الحال، لا في المآل. بناية.

(٢) أي: القضاءُ بالتَّنصيف بينهما.

(٣) صورته: ادَّعى أحدُ الاثنين أنَّه اشترى هذا العبدَ من فلان ذي اليد، وادَّعت المرأةُ أنَّه - أي: هذا المدَّعى عليه، وهو ذو اليد - تزوَّجها على العبد نفسه، وأقام كلٌّ البيِّنةَ.

(٤) أي: يقضى بالعبد بينهما نصفين.

وإنْ أقامَ الخارِجانِ البَيِّنةَ على المِلْكِ والتَّاريخِ، فَصاحِبُ التَّاريخِ الأقدَمِ أولى، ولَوِ ادَّعَيا الشِّراءَ مِنْ واحِدٍ وأقاما البيِّنةَ على تارِيخَينِ، فالأوَّلُ أولى، وإنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على الشِّراءِ مِنْ آخَرَ، وذكرا تاريخاً، فهما سواءٌ، ولو وَقَّتَتْ إحدى البيِّنَتَينِ وَقتاً ولم تُؤقِّتِ الأخرى، قَضَى بينهما نِصفَينِ، ....

ضمانٍ يُثبِتُ المِلكَ صورةً ومعنى، والرَّهنُ لا يُثبِتُه إلَّا عند الهلاكِ معنى لا صورةً[1]، فكذا الهبةُ بشَرطِ العِوَض.

(وإنْ أقامَ الخارِجانِ البَيِّنةَ على المِلْكِ والتَّاريخِ، فَصاحِبُ التَّاريخِ الأقدَمِ أولى)؛ لأنَّه أثبَتَ أنَّه أوَّلُ المالِكَينِ، فلا يُتلقَّى المِلكُ إلَّا من جهتِهِ، ولم يتلَقَّ الآخرُ منه.

قال: (ولَوِ ادَّعَيا الشِّراءَ مِنْ واحِدٍ)، معناه: من غيرِ صاحبِ اليدِ[2]، (وأقاما البيِّنةَ على تارِيخَينِ، فالأوَّلُ أولى)؛ لِما بيَّنَّا أنَّه أثبَتَهُ في وقتٍ لا مُنازِعَ له فيه.

(وإنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على الشِّراءِ مِنْ آخَرَ[3]، وذكرا تاريخاً، فهما سواءٌ)؛ لأنَّهما يُثبتانِ المِلكَ لِبائعَيْهِما، فيصيرُ كأنَّهما حضَرا[4]، ثمَّ يُخيَّرُ كلُّ واحدٍ منهما، كما ذكرنا من قبل[5].

(ولو وَقَّتَتْ إحدى البيِّنَتَينِ وَقتاً ولم تُؤقِّتِ الأخرى، قَضَى بينهما نِصفَينِ)؛ لأنَّ توقيتَ إحداهما لا يدلُّ على تقدُّمِ الملك؛ لِجَوازِ أن يكونَ الآخرُ أقدَمَ، بخلاف

---

(١) لذا لو مات العبدُ المرهونُ يجب الكفنُ على الرَّاهنِ دونَ المرتهنِ؛ لأنَّه لم يَثبُت مِلكه. بناية.

(٢) في العناية: وقوله: «معناه: من غير صاحب اليد» ليس فيه زيادةُ فائدةٍ، فإنَّه لا تفاوتَ في سائرِ الأحكام بينَ أن يكون ذلك الواحدُ ذا اليد أو غيرَهُ، فإنَّه قال في الذَّخيرة: دارٌ في يدِ رجلٍ ادَّعاها رجلان، كلُّ واحدٍ منهما يدَّعي أنَّه اشتراها من صاحبِ اليد بكذا، ورتَّب عليه الأحكام. اهـ، ونقل في العيني في البناية كلاما للأترازي انظره.

(٣) أي: أقام أحدهما البيِّنةَ على الشِّراء من زيد مثلاً، وأقام الآخرُ البيِّنةَ على الشِّراء من عمرو.

(٤) أي: فيصيرُ كأنَّ البائعين حضَرَا وادَّعَيا وأرَّخا تاريخاً واحداً. عناية.

(٥) من أنَّ كلَّ واحد منهما بالخيار، إن شاء أخَذَ نصفَ العبدِ بنصفِ الثَّمن، وإن شاء ترك. عناية.

ولو ادَّعَى أحَدُهُما الشِّراءَ مِنْ رَجلٍ، والآخَرُ الهِبةَ والقَبْضَ مِنْ غيرِهِ، والثَّالثُ المِيراثَ مِنْ أبيهِ، والرَّابعُ الصَّدقَةَ والقَبْضَ مِنْ آخَرَ، قُضِي بينهم أرباعاً، وإنْ أقام الخارجُ البَيِّنَةَ على مِلكٍ مُؤرَّخٍ، وصاحبُ اليدِ بيِّنةً على مِلكٍ أقدَمَ تاريخاً، كان أولى، ....

ما إذا كان البائع واحداً؛ لأنَّهما اتَّفقا على أنَّ المِلكَ لا يُتلقَّى إلَّا من جهتِهِ، فإذا أثبتَ أحَدُهما تاريخاً يُحكَمُ به، حتَّى يتبيَّنَ أنَّه تقدَّمَ شراءُ غيرِهِ.

(ولو ادَّعَى أحَدُهُما الشِّراءَ مِنْ رَجلٍ، والآخَرُ الهِبةَ والقَبْضَ مِنْ غيرِهِ، والثَّالثُ المِيراثَ مِنْ أبيهِ، والرَّابعُ الصَّدقَةَ والقَبْضَ مِنْ آخَرَ، قُضِي بينهم أرباعاً)؛ لأنَّهم يَتلَقَّونَ المِلكَ من باعَتِهِم[١]، فَيُجعَلُ كأنَّهم[٢] حضَرُوا وأقاموا البيِّنةَ على المِلْكِ المُطلَق.

قال: (وإنْ أقام الخارجُ البَيِّنَةَ على مِلكٍ مُؤرَّخٍ، وصاحبُ اليدِ بيِّنةً على مِلكٍ أقدَمَ تاريخاً، كان أولى) وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف، وهو رواية عن محمد. وعنه: أنَّه لا تُقبَل بيِّنةُ ذي اليد، رَجَعَ إليه[٣]؛ لأنَّ البيِّنَتَينِ قامَتا على مُطلَقِ المِلْك، ولم يتعَرَّضا لجهةِ المِلْكِ، فكان التَّقدُّمُ والتَّأخُّرُ سواءً.

ولهما: أنَّ البيِّنةَ مع التَّاريخ مُتضمِّنةٌ معنى الدَّفعِ[٤]، فإنَّ المِلكَ إذا ثبَتَ لشخصٍ في وقتٍ، فَثُبوتُهُ لغيرِهِ بعدَهُ لا يكون إلَّا بالتَّلقِّي من جهتِهِ، وبَيِّنةُ ذي اليدِ على الدَّفعِ مَقبولةٌ[٥].

---

(١) قوله: «من باعتهم» بطريق التَّغليب؛ لأنَّ البائعَ واحدٌ من المُملِّكين الأربعةِ، فكانَ المرادُ منه «من مُملِّكيهم». فتح.

(٢) أي: يُجعلُ كأنَّ المُملِّكين حضروا وأقاموا البيِّنةَ على المِلك المُطلَق لأنفسِهم، وثمَّةَ يقضي بينهم أرباعاً، فكذا هاهنا. فتح.

(٣) يعني: أنَّ هذا قولُهُ الآخِرُ المَرجوعُ إليه.

(٤) أي: صارت بيِّنةُ ذي اليد هاهنا بذكرِ التاريخِ الأقدَمِ متضمِّنةً دَفعِ بيِّنةِ الخارجِ، على معنى أنَّها لا تصحُّ إلَّا بعدَ إثباتِ تلقِّي الملكِ من قِبَله.

(٥) فإنَّ منِ ادَّعى على ذي اليد عيناً، وأنكرَ ذو اليدِ ذلك، وأقامَ البيِّنةَ أنَّه اشتراه منه، تندفعُ الخُصومةُ. بناية.

وعلى هذا الاختلافِ لو كانتِ الدَّارُ في أيدِيهما والمعنى ما بيَّنّا.

ولو أقام الخارجُ وذو اليدِ البيِّنةَ على مِلْكٍ مُطلَقٍ[1]، ووَقَّتَتْ إحداهما دونَ الأخرى، فعلى قولِ أبي حنيفة ومحمد الخارجُ أولى. وقال أبو يوسف - وهو رواية عن أبي حنيفة -: صاحبُ الوقتِ أولى، لأنَّه أقدَمُ، وصار كما في دعوى الشِّراء، إذا أرَّخَتْ إحداهُما كان صاحبُ التَّاريخِ أولى[2].

ولهما: أنَّ بيِّنةَ ذي اليد إنَّما تُقبَلُ لِتضَمُّنِها معنى الدَّفعِ، ولا دَفْعَ هاهنا، حيث وقَعَ الشَّكُّ في التَّلقِّي من جهته[3].

وعلى هذا[4] إذا كانت الدَّارُ في أيديهما. ولو كانت في يدِ ثالثٍ، والمسألةُ بحالِهَا[5]، فهما[6] سواءٌ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وَقَّت أولى. وقال محمد: الذي أطلَقَ أولى؛ لأنَّه ادَّعى أوَّليَّةَ المِلْك[7]، بدليل استحقاقِ الزَّوائدِ[8]، ورُجوعِ الباعةِ بَعضِهِم على البعضِ[9].

ولأبي يوسف: أنَّ التَّاريخَ يُوجِبُ المِلكَ في ذلك الوقتِ بِيَقينٍ، والإطلاقُ

---

(1) أي: من غير ذكرِ سبب.

(2) فكذا هنا. تنبيه: إنَّما قيَّد بالتَّوقيت؛ لأنَّ الخارجَ وذا اليدِ إذا أقاما بيِّنةً على المِلْك المُطلَق بلا ذكرِ تاريخٍ، لا تُقبَلُ بيِّنةُ ذي اليد عند علمائنا كلِّهم، وإنَّما وقع الاختلافُ بينَ علمائنا في دعوى المِلْك المُطلَقِ بينَ الخارج وذي اليد عند ذكرِ التَّاريخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية. فتح.

(3) أي: من جهة ذي اليد؛ لأنَّ بذكرِ تاريخِ إحداهما لم يحصل اليقينُ بأنَّ الآخَرَ تلقَّاهُ من جهته؛ لاحتمال أنَّ الأخرى لو وقَّتَت كان أقدَمَ تاريخاً. بناية.

(4) أي: وعلى هذا الخلاف.

(5) أي: أرَّخت إحداهما فقط.

(6) أي: الخارجان سواء، يعني: يُقضَى بينهما نصفين.

(7) أي: أصلَ الملك.

(8) أي: الزوائد المتَّصلة كالسِّمَن، والمنفصلة كالأولاد والأكساب، يعني: إذا ادَّعى رجلٌ ملكاً مطلقاً، كانت الزوائدُ كلُّها له. بناية.

(9) أي: وبدليل رجوع البائعينَ بعضهم على بعضٍ عند استحقاق الملك. بناية.

وإنْ أقامَ الخارجُ وصاحِبُ اليدِ، كُلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً على النَّتاجِ، فصاحِبُ اليدِ أولى، ولو أقامَ أحَدُهما البيِّنةَ على المِلكِ والآخَرُ على النَّتاجِ، فصاحِبُ النَّتاجِ أولى أيُّهما كان، ....

يَحتمِلُ غيرَ الأوَّليَّةِ، والتَّرجيحُ بالتَّيقُّن[1]، كما لو ادَّعيا الشِّراءَ[2].

ولأبي حنيفة: أنَّ التاريخَ يُضامُّه[3] احتمالُ عَدَمِ التَّقدُّمِ، فسقَطَ اعتبارُهُ[4]، فصار كما لو أقاما البيِّنةَ على مِلْك مُطلَقٍ، بخلاف الشِّراءِ لأنَّه أمرٌ حادثٌ، فَيُضافُ إلى أقربِ الأوقاتِ، فيترجَّحُ جانبُ صاحبِ التَّاريخ.

قال: (وإنْ أقامَ الخارجُ وصاحِبُ اليدِ، كُلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً على النَّتاجِ، فَصاحِبُ اليدِ أولى)؛ لأنَّ البيِّنةَ قامت على ما لا تدلُّ عليه اليدُ[5]، فاستويا، وترجَّحَت بيِّنةُ ذي اليدِ باليدِ، فيُقضى له، وهذا هو الصَّحيحُ خلافاً لِما يقوله عيسى بنُ أبان: إنَّه تَتهاتَرُ البيِّنتانِ ويُترَك في يدِهِ لا على طريقِ القضاء.

ولو تلقَّى كلُّ واحدٍ منهما المِلكَ من رجلٍ وأقامَ البيِّنةَ على النَّتاجِ عنده[6]، فهو بمنزلةِ إقامَتِها على النَّتاجِ في يدِ نفسِهِ.

(ولو أقامَ أحَدُهما البيِّنةَ على المِلكِ والآخَرُ على النَّتاجِ، فصاحِبُ النَّتاجِ أولى أيُّهما كان)؛ لأنَّ بيِّنتَهُ[7] قامت على أوَّليَّةِ المِلْك، فلا يَثبُتُ المِلكُ للآخَرِ إلَّا بالتَّلقِّي

---

(١) يعني: أنَّ العمل بالمتيقَّنِ راجحٌ على العمل بالمُحتَمَل.

(٢) أي: كما لو ادَّعيا الشِّراء من بائعٍ واحدٍ وأرَّخ أحَدُهما دونَ الآخرِ، كان صاحبُ التَّاريخ أولى. وقد مرَّ.

(٣) أي: يزاحمه.

(٤) أي: سقطَ اعتبارُ التَّاريخ، يعني: أنَّه يَحتمِلُ أن يكون تاريخُ الذي أرَّخ متقدِّماً على تاريخ صاحِبِهِ، ويَحتمِلُ أن يكون متأخِّراً عنه، فنزَّلناه مقارِناً له رعايةً للاحتمالين. فتح.

(٥) وهو النَّتاج.

(٦) أي: عندَ مَن تلقَّى المِلكَ منه.

(٧) أي: بيِّنة صاحب اليد.

ولو قُضِي بالنَّتاجِ لِصَاحِبِ اليدِ، ثمَّ أقامَ ثالثُ البيِّنةَ على النَّتاجِ يُقضَى له، إلَّا أنْ يُعيدَها ذو اليدِ، وكذلكَ النَّسجُ في الثِّيابِ التي لا تُنسَجُ إلَّا مَرَّةً، كغَزْلِ القُطنِ، وكذلك كلُّ سَببٍ في المِلكِ لا يَتكَرَّرُ. ....

من جهته، وكذلكَ إذا كانتِ الدَّعوى بين خارِجَينِ[١]، فبيِّنةُ النَّتاجِ أولى لِما ذكرنا[٢].

(ولو قُضِي بالنَّتاجِ لِصَاحِبِ اليدِ، ثمَّ أقامَ ثالثُ البيِّنةَ على النَّتاجِ يُقضَى له، إلَّا أنْ يُعيدَها ذو اليدِ)؛ لأنَّ الثَّالثَ لم يَصِرْ مَقضيّاً عليه بتلك القضيَّة، وكذا المَقضي عليه بالمِلك المُطلَقِ إذا أقامَ البيِّنةَ على النَّتاجِ تُقبَلُ ويُنقَضُ القضاءُ[٣]؛ لأنَّه بمنزلة النَّص[٤]، والأوَّلُ بمنزلة الاجتهاد[٥].

قال: (وكذلكَ النَّسجُ في الثِّيابِ التي لا تُنسَجُ إلَّا مَرَّةً، كغَزْلِ القُطنِ[٦]، وكذلك كلُّ سَببٍ في المِلكِ لا يَتكَرَّرُ[٧])؛ لأنَّه في معنى النَّتاجِ، كحَلْبِ اللَّبَن واتِّخاذِ الجُبنِ واللِّبدِ والمِرعِزَى[٨] وجزِّ الصُّوفِ[٩].

---

(١) بأنِ ادَّعى أحَدُهما المِلكَ والآخَرُ النَّتاجَ.

(٢) من أنَّ بيِّنة ذي اليد تدلُّ على أوَّليَّةِ المِلْك، فلا يثبتُ الملكُ للآخَرِ إلَّا بالتَّلقِّي من جهته.

(٣) صورته: ما إذا أقام الخارجُ البيِّنةَ على ذي اليد في دابَّةٍ معيَّنةٍ بالمِلكِ المُطلَقِ، فقَضى القاضي بها له، ثمَّ أقام ذو اليدِ البيِّنةَ على النَّتاج، يقضي بها له، ويَنقُضُ القضاءَ الأوَّل. فتح.

(٤) أي: لأنَّ إقامةَ البيِّنةِ على النَّتاج بمنزلةِ النَّصِّ في الدِّلالةِ على الأوَّليَّة قطعاً، فكان القضاءُ الواقعُ على خلافِهِ كالقضاءِ الواقعِ على خلافِ النَّصِّ، والقضاءُ يُنقَضُ هناك، كذا هنا، وهذا استحسان. فتح.

(٥) أي: والاجتهاد ينقض بالنَّصِّ.

(٦) وصورة المسألة: إذا ادَّعى رجلٌ ثوباً في يدِ رجلٍ أنَّه مِلكُهُ، بأنَّه نسَجَهُ في مِلكِهِ وأقام على ذلك بيِّنةً، وأقام صاحبُ اليدِ بيِّنةً على مِثلِ ذلك، قُضِي بالثَّوب لصاحب اليد. فتح عن النهاية.

(٧) يعني: يُقضى في كليهما لذي اليد.

(٨) أي: وجزِّ المِرعِزى، إذا شدَّدتَ الزَّاي قَصرت، وإذا خفَّفتَ مددت، والميمُ والعينُ مكسورتان. وقد يقال: «مرعزاء» بفتح الميم مخفَّفاً ممدوداً، وهي كالصُّوف تحتَ شَعرِ العَنزِ، كذا في المغرب.

(٩) فإذا ادَّعى كلُّ واحدٍ من الخارجِ وذي اليدِ لَبَناً أنَّه مِلكُهُ حَلَبَه من شاتِهِ، أو ادَّعى جُبناً أنَّه مِلكُهُ صَنَعه في مِلكِه، أو ادَّعى لِبداً أنَّه مِلكُهُ صَنَعه في مِلكِه، أو ادَّعى مِرعِزَى أنَّها مِلكُه جَزَّها من عَنزِهِ، أو ادَّعى =

وإنْ أقامَ الخارجُ البيِّنةَ على المِلْكِ المُطلَقِ وصاحِبُ اليدِ البيِّنةَ على الشِّراءِ منه، كان صاحبُ اليدِ أولى، وإنْ أقامَ كلٌّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على الشِّراءِ مِنَ الآخَرِ، ولا تاريخَ معهما، تَهاتَرَتِ البَيِّنتانِ، وتُترَكُ الدَّارُ في يدِ ذي اليدِ. ....

وإن كان يتكرَّرُ قُضِي به للخارجِ، بمنزلةِ المِلْكِ المُطلَقِ[1]، وهو مِثلُ الخَزِّ والبناءِ والغَرسِ وزراعةِ الحِنطةِ والحبوبِ.

فإن أشكَلَ يُرجَعُ إلى أهلِ الخِبرَةِ؛ لأنَّهم أعرَفُ به، فإنْ أشكَلَ عليهم قُضِي به للخارجِ؛ لأنَّ القضاءَ بِبيِّنتِهِ هو الأصل، والعُدولُ عنه بِخَبَرِ النَّتاجِ، فإذا لم يُعلَم يُرجَع إلى الأصل.

قال: (وإنْ أقامَ الخارجُ البيِّنةَ على المِلْكِ المُطلَقِ وصاحِبُ اليدِ البيِّنةَ على الشِّراءِ منه، كان صاحبُ اليدِ أولى)؛ لأنَّ الأوَّلَ إن كان يدَّعي أوَّليَّةَ المِلْكِ فهذا تلقَّى منه، وفي هذا لا تَنافِي، فصار كما إذا أقَرَّ بالمِلْكِ له ثمَّ ادَّعى الشِّراءَ منه.

قال: (وإنْ أقامَ كلٌّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على الشِّراءِ مِنَ الآخَرِ، ولا تاريخَ معهما، تَهاتَرَتِ البَيِّنتانِ، وتُترَكُ الدَّارُ في يدِ ذي اليدِ)، قال: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعلى قول محمد: يَقضي بالبيِّنتين، ويكونُ للخارجِ؛ لأنَّ العملَ بهما مُمكِنٌ، فَيُجعلُ كأنَّه اشترى ذو اليد مِنَ الآخَرِ وقبَضَ ثمَّ باع الدَّارَ؛ لأنَّ القبضَ دلالةُ السَّبقِ

= صُوفاً أنَّه مِلكُه جزَّه من غَنَمه، وأقاما على ذلك بيِّنةً، فإنَّه يُقضى بذلك لذي اليدِ في هذه الصُّور كلِّها؛ لأنَّ أسبابَ الملك فيها لا تكونُ إلَّا مرَّةً واحدةً، فكانت في معنى النِّتاج من كلِّ وجهٍ، فألحقت به. فتح.

(١) المعنى فيه: أنَّ الثَّوب الذي يُنسَج مرَّةً بعد مرَّةٍ، يجوزُ أن يصيرَ لذي اليدِ بالنَّسجِ، ثمَّ يَغصبُهُ الخارجُ وينقضُهُ وينسجُهُ مرَّةً أخرى، فيصيرُ مِلكاً له بهذا السَّبب بعد ما كان مِلكاً لذي اليد، فكان بمعنى دعوى المِلْك المُطلَقِ من هذا الوجه، بخلاف الفَصلِ الأوَّلِ فإنَّ الثَّوبَ الذي لا يُنسَجُ إلَّا مرَّةً إذا صار لِذي اليدِ بِنَسجِهِ لا يُتصوَّر أن يصيرَ للخارج بِنَسجِه، فكان في معنى دعوى النِّتاج. فتح عن النهاية.

على ما مَرَّ[1]، ولا يُعكَسُ الأمرُ[2] لأنَّ البيعَ قبلَ القبضِ لا يجوزُ، وإنْ كان في العقار عنده.

ولهما: أنَّ الإقدامَ على الشِّراء إقرارٌ منه[3] بالمِلْك للبائع، فصار كأنَّهما قامَتَا على الإقرارين، وفيه التَّهاتُرُ بالإجماع، كذا هاهنا، ولأنَّ السَّببَ يُرادُ لِحكْمه وهو المِلْكُ[4]، وهاهنا لا يُمكِنُ القضاءُ لِذي اليدِ إلَّا بِمِلكٍ مُستحَقٍّ، فَبَقِي القضاءُ له بِمُجرَّدِ السَّبب، وإنَّه لا يُفيده.

ثمَّ لو شَهِدَتِ البيِّنتانِ على نَقْدِ الثَّمَنِ، فَالألفُ بِالألفِ قِصاصٌ عندهما إذا استَوَيا[5]؛ لِوُجودِ قَبضٍ مَضمونٍ من كلِّ جانبٍ، وإنْ لم يَشْهَدُوا على نَقدِ الثَّمنِ فالقِصاصُ مذهبُ محمَّدٍ لِلوُجوب عنده[6].

ولو شَهِد الفريقانِ[7] بالبيعِ والقَبضِ تَهاتَرَتا بالإجماع؛ لأنَّ الجمعَ[8] غيرُ مُمكِنٍ عند محمَّد؛ لِجَوازِ كلِّ واحدٍ من البَيعينِ[9]، بخلاف الأوَّل[10].

---

(١) من قوله: «لأنَّ تمكُّنَه من قبضه يدلُّ على سبق شرائه»، انظر ص (٤٦١).

(٢) أي: لا يُجعل كأنَّ الخارج اشتراه من ذي اليد أوَّلاً، ثمَّ باعه من ذي اليد؛ لأنَّ في ذلك يلزمُ بيعُ المَبيعِ قبلَ قبضِهِ. بناية.

(٣) أي: من المشتري.

(٤) يعني: أنَّ السَّببَ لا يُرادُ لنفسِهِ وإنَّما يُرادُ لِحُكمِه، فإذا كان السَّببُ مفيداً لِحُكمِه كان مُعتَبَراً، وإلَّا فلا لكونه غيرَ مقصودٍ بالذَّات. فتح.

(٥) أي: إذا استوى الثَّمنان في الجنس والصِّفة.

(٦) أي: لوجوب الثَّمن عند محمد، فإنَّ البيعين لمَّا ثبتا عنده كان كلُّ واحدٍ منهما مُوجِباً للثَّمنِ عند مُشتريه، فيتقاصُّ الوجوبَ بالوجوب. عناية.

(٧) أي: فريقا شهودِ الخارجِ وشهودِ ذي اليد.

(٨) أي: العمل بما شهد به كلٌّ من الفريقين غيرُ ممكن.

(٩) باعتبار أنَّهم لمَّا أثبتوا البيعَ والقبضَ لكلِّ واحدٍ منهما كان بيعهما جائزاً، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فتساقطتا للتَّعارض، فتبقى العينُ على يدِ صاحب اليدِ كما كانت، فصار كأن لم يشهدوا. بناية.

(١٠) أي: بخلافِ ما إذا لم يُذكَرِ القبضُ في شهادتهما، حيث يُجعَلُ هناكَ شِراءُ صاحبِ اليدِ سابقاً وبيعُهُ لاحقاً لِدلالةِ القَبضِ على السَّبقِ، إذ لو جُعِلَ شراءُ الخارجِ سابقاً لَزِمَ البيعُ قبل القبضِ كما مر. فتح.

وإنْ أقامَ أحَدُ المُدَّعِيَيْنِ شاهِدَيْنِ والآخَرُ أربعَةً، فهما سَواءٌ. وإذا كانت دارٌ في يَدِ رَجلٍ ادَّعاها اثنانِ، أحَدُهما جَمِيعَها والآخَرُ نِصفَها، وأقاما البيِّنةَ، فَلِصاحِبِ الجَمِيعِ ثلاثَةُ أرباعِها، ولِصَاحِبِ النِّصفِ رُبْعُها عند أبي حنيفة ....

وإنْ وَقَّتَتِ البيِّنتانِ في العَقارِ، ولم تُثبِتا قَبْضاً، ووَقْتُ الخارِجِ أسبَقُ، يُقضى لصاحبِ اليدِ عندهما، فَيُجعَلُ كأنَّ الخارجَ اشتَرَى أوَّلاً ثمَّ باعَ قبلَ القبضِ من صاحبِ اليدِ، وهو[1] جائزٌ في العقار عندهما.

وعند محمد: يُقضَى للخارج؛ لأنَّه لا يصحُّ له بَيعُهُ[2] قبلَ القَبضِ، فبَقِي على مِلكِه.

وإنْ أثبَتَا قبضاً[3] يُقضَى لصاحبِ اليدِ؛ لأنَّ البَيعينِ جائزانِ على القولين، وإنْ كان وَقتُ صاحبِ اليدِ أسبَقَ يُقضَى للخارجِ في الوجهين[4]، فَيُجعَلُ كأنَّهُ اشتراها ذو اليد وقبَضَ ثمَّ باعَ ولم يُسلِّم، أو سَلَّم، ثمَّ وَصَلَ إليه[5] بسببٍ آخَرَ.

قال: (وإنْ أقامَ أحَدُ المُدَّعِيَيْنِ شاهِدَيْنِ والآخَرُ أربعَةً، فهما سَواءٌ)؛ لأنَّ شهادةَ كلِّ شاهِدَينِ علَّةٌ تامَّةٌ كما في حالةِ الانفرادِ، والتَّرجيحُ لا يقعُ بِكَثرةِ العِلَلِ، بل بقُوَّةٍ فيها على ما عُرِفَ.

قال: (وإذا كانت دارٌ في يَدِ رَجلٍ ادَّعاها اثنانِ، أحَدُهما جَمِيعَها والآخَرُ نِصفَها، وأقاما البيِّنةَ، فَلِصاحِبِ الجَمِيعِ ثلاثَةُ أرباعِها، ولِصَاحِبِ النِّصفِ رُبْعُها عند أبي حنيفة) اعتباراً بطريقِ المُنازعةِ، فإنَّ صاحِبَ النِّصفِ لا يُنازِعُ الآخَرَ في النِّصفِ، فَسَلِمَ له بلا مُنازِعٍ، واستَوَتْ مُنازَعَتُهُما في النِّصفِ الآخَرِ، فَيُنَصَّفُ بينهما.

---

(١) أي: البيعُ قبل القبض.

(٢) أي: بيعُ العقار.

(٣) أي: وإن أثبتتِ البيِّنتانِ قبضاً وباقي المسألة على حالها.

(٤) أي: سواءٌ أثبتتِ البيِّنتانِ القبضَ أو لم تُثبِتاه.

(٥) أي: ثمَّ وصل المبيع إلى ذي اليد.

وقالا: هي بينهما أثلاثاً، ولو كانت في أيدِيهما سَلِمَ لِصاحِبِ الجَمِيع نِصْفُها على وَجهِ القَضاءِ ونِصفُها لا على وَجهِ القَضاءِ. وإذا تَنازَعا في دابَّةٍ وأقامَ كلٌّ واحدٍ منهما بيِّنةً أنَّها نَتَجَتْ عِندَهُ، وذَكَرا تاريخاً وسِنُّ الدَّابَّةِ يُوافِقُ أحَدَ التَّاريخَينِ، فهو أولى، وإنْ أشكَلَ ذلك كانت بينهما. ....

(وقالا: هي بينهما أثلاثاً)، فاعتَبَرا طريقَ العَولِ والمُضاربةِ، فصاحِبُ الجَميعِ يَضرِبُ بكلِّ حقِّهِ سَهْمَين[1]، وصاحِبُ النِّصفِ يضرب بِسَهمٍ واحدٍ، فَتُقسَمُ أثلاثاً، ولهذه المسألةِ نظائرُ وأضدادُ لا يَحتمِلُها هذا المُختَصَرُ، وقد ذكرناها في الزِّيادات.

قال: (ولو كانت في أيدِيهما[2] سَلِمَ لِصاحِبِ الجَمِيع نِصْفُها على وَجهِ القَضاءِ[3] ونِصفُها لا على وَجهِ القَضاءِ[4])؛ لأنَّه خارجٌ في النِّصفِ فَيُقضَى بِبَيِّنتِهِ[5]، والنِّصفُ الذي في يدِهِ صاحِبُهُ لا يدَّعيه؛ لأنَّ مُدَّعاه النِّصفُ، وهو في يدِهِ سالمٌ له، ولو لم يَنصرِفْ إليه دعواه[6] كان ظالماً بإمساكِهِ، ولا قضاءَ بدون الدَّعوى، فَيُترك في يدِهِ.

قال: (وإذا تَنازَعا في دابَّةٍ وأقامَ كلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً أنَّها نَتَجَتْ عِندَهُ، وذَكَرا تاريخاً وسِنُّ الدَّابَّةِ يُوافِقُ أحَدَ التَّاريخَينِ، فهو أولى)؛ لأنَّ الحالَ يشهَدُ له، فيترجَّح، (وإنْ أشكَلَ ذلك كانت بينهما)؛ لأنَّه سقَطَ التَّوقيتُ فصارَ كأنَّهما لم يذكرا تاريخاً.

---

(١) أي: يأخُذُ بِحَسَبِ كلِّ حقِّهِ سهمين. وفي المُغرب: وقال الفقهاء: فلانٌ يَضرِب فيه بالثُّلُث، أي: يأخُذُ منه شيئاً بِحُكمِ ما لَهُ من الثُّلُث. فتح.

(٢) أي: وادَّعى أحدهما نصفَها والآخرُ كلَّها.

(٣) وهو الذي كان بيد الآخر.

(٤) وهو الذي كان بيد نفسه.

(٥) بناءً على أنَّ بيِّنَةَ الخارجِ أولى من بيِّنةِ ذي اليد.

(٦) أي: ولو لم يَنصرِف دعوى مدَّعي النِّصف إلى النِّصف الذي في يده، كان ظالماً بإمساكه.

وإذا كانَ عبدٌ في يَدِ رَجلٍ أقامَ رَجلانِ عليه البيِّنةَ، أحَدُهما بِغَصبٍ والآخَرُ بِوَدِيعَةٍ، فهو بينهما.

وإن خالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الوقتينِ بطَلَتِ البيِّنتان، كذا ذكَرَهُ الحاكِمُ الشَّهيدُ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّه ظهَرَ كَذِب الفريقين، فَتُتْرَكُ في يدِ مَنْ كانت في يده.

قال: (وإذا كانَ عبدٌ في يَدِ رَجلٍ أقامَ رَجلانِ عليه البيِّنةَ، أحَدُهما بِغَصبٍ والآخَرُ بِوَدِيعَةٍ، فهو بينهما)؛ لاستوائهما في الاستحقاق.

فصل في التنازع بالأيدي

وإذا تَنازَعا في دابَّةٍ، أَحَدُهما راكبُها والآخَرُ مُتعلِّقٌ بِلِجامِها، فالرَّاكبُ أولى، وكذلكَ إذا كان أَحَدُهما راكباً في السَّرجِ والآخَرُ رَدِيفُهُ، فالرَّاكبُ أولى. وكذا إذا تَنازَعا في بَعيرٍ وعليه حِملٌ لأَحَدِهما، وللآخَرِ كُوزٌ معلَّقٌ، فَصاحِبُ الحِمْلِ أولى. وكذا إذا تَنازَعا في قَميصٍ، أَحَدُهما لابِسُهُ والآخَرُ مُتعلِّقٌ بِكُمِّهِ، فَاللَّابِسُ أولى. ولو تَنازَعا في بِساطٍ، أَحَدُهما جالِسٌ عليه والآخَرُ مُتعلِّقٌ به، فهو بينهما. وإذا كانَ ثَوبٌ في يَدِ رجلٍ وطَرَفٌ منه في يَدِ آخَرَ، فهو بينهما نِصفانِ. ......

(فصل في التنازع بالأيدي)

قال: (وإذا تَنازَعا في دابَّةٍ، أَحَدُهما راكبُها والآخَرُ مُتعلِّقٌ بِلِجامِها، فالرَّاكبُ أولى)؛ لأنَّ تَصرُّفَه أظهرُ، فإنَّه يَختصُّ بالمِلْك.

(وكذلكَ إذا كان أَحَدُهما راكباً في السَّرجِ والآخَرُ رَدِيفُهُ، فالرَّاكبُ أولى)، بخلاف ما إذا كانا راكِبَينِ، حيثُ تكونُ بينهما؛ لاستوائِهما في التَّصرُّف.

(وكذا إذا تَنازَعا في بَعيرٍ وعليه حِملٌ لأَحَدِهما وللآخَرِ كوزٌ معلَّقٌ، فَصاحِبُ الحِمْلِ أولى)؛ لأنَّه هو المُتصرِّف.

(وكذا إذا تَنازَعا في قَميصٍ، أَحَدُهما لابِسُهُ والآخَرُ مُتعلِّقٌ بِكُمِّهِ، فَاللَّابِسُ أولى)؛ لأنَّه أظهَرُهما تَصرُّفاً.

(ولو تَنازَعا في بِساطٍ، أَحَدُهما جالِسٌ عليه والآخَرُ مُتعلِّقٌ به، فهو بينهما) معناه لا على طريقِ القضاءِ؛ لأنَّ القُعودَ ليس بيدٍ عليه، فاستويا.

قال: (وإذا كانَ ثَوبٌ في يَدِ رجلٍ وطَرَفٌ منه في يَدِ آخَرَ، فهو بينهما نِصفانِ)؛ لأنَّ الزِّيادةَ من جنسِ الحُجَّةِ[1]، فلا تُوجِبُ زيادةً في الاستحقاق.

---

(١) معناه: أنَّ كلَ واحدٍ منهما مُستمسِكٌ باليد، إلَّا أنَّ أحَدَهما أكثَرُ استمساكاً، ومثلُ ذلك لا يُوجِبُ الرُّجحانَ، كما لو أقامَ أحدُهما شاهِدَينِ والآخَرُ أربعةً. وفيه إشارةٌ إلى الفَرقِ بينَ هذا وبينَ مسألةِ =

وإذا كان صَبيٌّ في يدِ رَجلٍ وهو يُعبِّرُ عن نَفسِهِ، فقال: «أنا حُرٌّ»، فالقَولُ قَولُهُ، ولو قال: «أنا عبدٌ لِفُلانٍ» فهو عبدٌ لِلَّذي هو في يَدِهِ، وإنْ كان لا يُعبِّرُ عَنْ نَفسِهِ، فهو عبدٌ لِلَّذي هو في يَدِهِ. وإذا كانَ الحائِطُ لِرَجلٍ عليه جُذُوعٌ، أو مُتَّصِلٌ بِبِنائِهِ، ولآخَرَ عليه هَرادِي، فهو لِصاحِبِ الجُذُوعِ والاتِّصالِ، والهَرادِي ليست بِشَيءٍ، ....

قال: (وإذا كان صَبيٌّ في يدِ رَجلٍ وهو يُعبِّرُ عن نَفسِهِ[1]، فقال: «أنا حُرٌّ»، فالقَولُ قَولُهُ)؛ لأنَّه في يدِ نفسِهِ. (ولو قال: «أنا عبدٌ لِفُلانٍ» فهو عبدٌ لِلَّذي هو في يَدِهِ)؛ لأنَّه أقرَّ بأنَّه لا يَدَ له، حيثُ أقَرَّ بالرِّقِّ.

(وإنْ كان لا يُعبِّرُ عَنْ نَفسِهِ، فهو عبدٌ لِلَّذي هو في يَدِهِ)؛ لأنَّه لا يدَ له على نفسِهِ؛ لما كان لا يُعبِّر عنها، وهو بمنزلة المَتاعِ، بخلاف ما إذا كان يُعبِّرُ، فلو كَبِرَ وادَّعَى الحُرِّيَّةَ لا يكونُ القولُ قولَهُ؛ لأنَّه ظَهَرَ الرِّقُّ عليه في حالِ صِغَرِه.

قال: (وإذا كانَ الحائِطُ لِرَجلٍ عليه جُذُوعٌ، أو مُتَّصِلٌ بِبِنائِهِ، ولآخَرَ عليه هَرادِي[2]، فهو لِصاحِبِ الجُذُوعِ والاتِّصالِ، والهَرادِي ليست بِشَيءٍ)؛ لأنَّ صاحبَ الجُذُوعِ صاحبُ استعمالٍ[3] والآخَرُ صاحِبُ تَعلُّق، فصار كدابَّةٍ تنازعا فيها ولأحدِهِما حِمْلٌ عليها وللآخَرِ كُوزٌ معلَّق بها.

= القَميصِ، لأنَّ الزِّيادةَ ليست من جنس الحُجَّة، فإنَّ الحُجَّةَ هي اليدُ والزِّيادةُ هي الاستعمال. عناية.

(١) أي: يتكلَّم ويَعقِل ما يقول.

(٢) «الهرادي» جمعُ «الهُردِيَّة» قصباتٌ تُضَمُّ مَلويَّةً بِطاقاتٍ مِن الكَرمِ، فَتُرسَلُ عليها قُضبانُ الكَرْمِ، كذا في ديوان الأدب، لكن صحَّحَ في الدِّيوانِ الهاءَ والحاءَ جميعاً، وقال في الصِّحاح: الحَرديُّ القصبُ، نبطيٌّ معرَّبٌ، ولا يقال: الهَردي. ورأيتُ في نسخةٍ عتيقةٍ من نُسخِ مختصر الكرخي: الحَرادي -بالحاء- وقال صاحبُ الجمهرةِ في باب الحاء والدال والراء: أمَّا الذي يُسمِّيه البصريُّون الحَرديَّ مِن القَصَبِ فهو نبطيٌّ معرَّب. اهـ شلبي على تبيين الحقائق (٤/ ٣٢٦) ط الأميرية.

(٣) أي: هو صاحبُ استعمالٍ للحائط بِوَضعِ الجُذوعِ عليه؛ لأنَّ الحائطَ إنَّما يُبنَى للتَّسقيفِ، وذا بِوَضعِ الجذوع عليه. فتح.

ولو كانَ لكلٍّ واحدٍ منهما عليه جُذُوعٌ ثلاثَةٌ، فهو بينهما. وإنْ كان جُذُوعُ أحدِهِما أَقَلَّ من ثلاثةٍ فهو لصاحِبِ الثَّلاثةِ، وللآخَرِ مَوضِعُ جِذعِهِ، ....

والمرادُ بالاتِّصال مُداخَلَةُ لَبِنِ جِدارِهِ[1] فيه[2] ولَبِنُ هذا[3] في جداره[4]، وقد يُسمَّى اتِّصالَ تَربيعٍ[5]، وهذا شاهدٌ ظاهِرٌ لصاحبِهِ؛ لأنَّ بعضَ بنائِهِ على بعضِ هذا الحائط.

وقوله: «الهَرادي ليست بشيء» يدلُّ على أنَّه لا اعتبارَ لِلهَرادي أصلاً، وكذا البواري[6]؛ لأنَّ الحائطَ لا تُبنَى لهما أصلاً، حتَّى لو تنازعا في حائطٍ ولأحدِهِما عليه هَرادي وليس للآخَرِ عليه شيءٌ، فهو بينهما.

(ولو كانَ لكلٍّ واحدٍ منهما عليه جُذُوعٌ ثلاثَةٌ، فهو بينهما) لاستوائهما[7]، ولا مُعتَبَر بالأكثَرِ منها بعدَ الثَّلاثة. (وإنْ كان جُذُوعُ أحدِهِما أقَلَّ من ثلاثةٍ فهو لصاحِبِ الثَّلاثةِ، وللآخَرِ مَوضِعُ جِذعِهِ) في روايةٍ. وفي روايةٍ لكلِّ واحدٍ منهما ما تحت خَشبتِهِ، ثمَّ قيل: ما بين الخشبِ بينهما، وقيل: على قدر خَشبِهِما، والقياسُ أن يكون بينهما نصفين؛ لأنَّه لا مُعتَبَر بالكثرة في نفس الحُجَّة.

وجهُ الثَّاني[8]: أنَّ الاستعمالَ من كلِّ واحدٍ بِقَدْرِ خَشَبتِهِ[9].

---

(1) أي: جدار صاحب البناء.

(2) أي: في الجدار المتنازع فيه.

(3) أي: لَبِنُ الحائط المتنازع فيه.

(4) أي: في جدار صاحب البناء.

(5) واتِّصالُ التَّربيع أن يكون أنصافُ لَبِنِ الحائط المتنازَعِ فيه، داخلةً في أنصافِ لَبِنِ الحائطِ غير المتنازَعِ فيه، وأنصافُ لَبِنِ الجدار غير المتنازَعِ فيه داخلة في المتنازع فيه. بناية بتصرف.

(6) البواري مثل الهواري، والله أعلم.

(7) أي: في أصلِ العِلَّةِ، وهو أن يكونَ لكلِّ واحدٍ منهما عمَلٌ مقصودٌ يُبنَى الحائطُ لأجلِهِ. فتح.

(8) يعني: وجهُ الرِّواية الثَّانية، وهي قوله: «لكلِّ واحدٍ منهما ما تحتَ خشبَتِهِ».

(9) والاستحقاقُ بحسب الاستعمال. فتح.

ولو كان لأحَدِهِما جُذُوعٌ ولِلآخَرِ اتِّصالٌ، فالأوَّلُ أولى. وإذا كانتْ دارٌ منها في يَدِ رَجلٍ عَشرَةُ أبياتٍ، وفي يدِ آخَرَ بيتٌ، فالسَّاحةُ بينهما نِصفانِ. وإذا ادَّعَى رَجلانِ أرضاً لمْ يُقضَ أنَّها في يدِ واحدٍ منهما حتَّى يُقيما البيِّنَةَ أنَّها في أيديهما، وإنْ أقامَ أحَدُهما البيِّنَةَ جُعِلَتْ في يَدِهِ، ....

ووجهُ الأوَّل[1]: أنَّ الحائطَ يُبنَى لِوَضع كثيرِ الجُذُوعِ دونَ الواحدِ والمُثنَّى، فكان الظَّاهرُ شاهداً لصاحبِ الكثيرِ، إلَّا أنَّه يبقى له حقُّ الوضعِ؛ لأنَّ الظَّاهر ليس بحجَّةٍ في استحقاقِ يدِهِ.

(ولو كان لأحَدِهِما جُذُوعٌ ولِلآخَرِ اتِّصالٌ، فالأوَّلُ أولى)، ويُروَى أنَّ الثَّاني أولى.

وجهُ الأوَّل: أنَّ لصاحبِ الجُذوعِ التَّصرُّفَ، ولصاحبِ الاتِّصالِ اليدَ، والتَّصرُّفُ أقوى.

وجهُ الثَّاني: أنَّ الحائِطَين بالاتِّصال يَصيران كبناءٍ واحدٍ، ومن ضَرورةِ القَضاءِ له بِبَعضِهِ القَضاءُ بكُلِّه، ثمَّ يَبقَى للآخَرِ حَقُّ وَضعِ جُذُوعِهِ لِما قلنا[2]، وهذه روايةُ الطَّحاويِّ، وصحَّحَها الجُرجانيُّ.

قال: (وإذا كانتْ دارٌ منها في يَدِ رَجلٍ عَشرَةُ أبياتٍ، وفي يدِ آخَرَ بيتٌ، فالسَّاحةُ بينهما نِصفانِ)؛ لاستوائِهِما في استعمالِهَا، وهو المرورُ فيها.

قال: (وإذا ادَّعَى رَجلانِ أرضاً) يعني: يدَّعي كلُّ واحدٍ منهما أنَّها في يَدِهِ (لَمْ يُقضَ أنَّها في يدِ واحدٍ منهما حتَّى يُقيما البيِّنَةَ أنَّها في أيديهما)؛ لأنَّ اليدَ فيها غيرُ مشاهَدَةٍ لِتَعذُّر إحضارِها، وما غاب عن عِلْمِ القاضي فالبيِّنةُ تُثبِتُه، (وإنْ أقامَ أحَدُهما البيِّنَةَ جُعِلَتْ في يَدِهِ)؛ لقيامِ الحُجَّةِ، لأنَّ اليد حقٌّ مقصودٌ،

---

(١) أي: ووجهُ الرِّوايةِ الأولى وهي قوله: «فهو لصاحب الثَّلاثة».

(٢) إشارةٌ إلى قوله: «لأنَّ الظَّاهر ليس بحُجَّة في استحقاق يده»، حتَّى قالوا: لو ثبت ذلك بالبيِّنة أُمِرَ برَفعِ الجذوعِ لكون البيِّنةِ حجَّةً مُطلَقَةً صالحةً للدَّفعِ والاستحقاق. بناية.

وإنْ أقاما البيِّنةَ جُعِلَتْ في أيدِيهِما، وإنْ كان أحَدُهما قد لَبَّنَ في الأرضِ، أو بَنَى، أو حَفَرَ، فهي في يَدِهِ.

(وإنْ أقاما البيِّنةَ جُعِلَتْ في أيدِيهِما) لِما بيَّنَّا[1]، فلا تُستَحَقُّ لأحدِهِما من غير حُجَّة، (وإنْ كان أحَدُهما قد لَبَّنَ في الأرضِ، أو بَنَى، أو حَفَرَ، فهي في يَدِهِ)؛ لِوُجودِ التَّصرُّفِ والاستعمالِ فيها.

---

(١) إشارة إلى قوله: «القيام الحجَّة».

باب دعوى النّسب

وإذا باع جاريةً فَجَاءتْ بِوَلَدٍ، فادَّعاهُ البائعُ، فإنْ جاءتْ به لأقَلَّ من ستَّةِ أشهرٍ مِنْ يومِ باعَ، فهو ابنٌ لِلبائعِ، وأُمُّهُ أمُّ ولَدٍ له ويُرَدُّ الثَّمَنُ، وإنِ ادَّعاهُ المُشتري مع دَعوةِ البائعِ أو بَعْدَهُ، فَدَعوةُ البائعِ أَولَى، وإنْ جاءَتْ بِهِ لأكثَرَ مِنْ سَنَتينِ مِنْ وَقتِ البيعِ، لم تَصِحَّ دَعوةُ البائعِ، ....

(باب دعوى النَّسب)

(وإذا باع جاريةً فَجَاءتْ بِوَلَدٍ، فادَّعاهُ البائعُ، فإنْ جاءتْ به لأقَلَّ من ستَّةِ أشهرٍ مِنْ يومِ باعَ، فهو ابنٌ لِلبائعِ، وأُمُّهُ أمُّ ولَدٍ له)، وفي القياس - هو قولُ زفر والشَّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ - دعوتُهُ باطلةٌ؛ لأَنَّ البيعَ اعترافٌ منه بأنَّه[1] عبدٌ، فكان في دعواه مُناقِضاً، ولا نسَبَ بدونِ الدَّعوى.

وجهُ الاستحسان: أنَّ اتِّصالَ العُلُوقِ بِمِلكِهِ شهادةٌ ظاهرةٌ على كَونِهِ منه؛ لأنَّ الظَّاهرَ عدمُ الزِّنا، ومَبنَى النَّسبِ على الخَفاءِ، فَيُعفَى فيه التَّناقُضُ، وإذا صحَّتِ الدَّعوى[2]، استَنَدَتْ إلى وقتِ العُلُوقِ، فتَبيَّنَ أنَّه باعَ أمَّ ولدِهِ، فَيُفسَخُ البيعُ؛ لأنَّ بيعَ أمِّ الولدِ لا يَجوزُ، (ويُرَدُّ الثَّمنُ)؛ لأنَّه قبَضَه بغيرِ حقٍّ.

(وإنِ ادَّعاهُ المُشتري مع دَعوةِ البائعِ أو بَعْدَهُ، فَدَعوةُ البائعِ أَولَى)؛ لأنَّها أسبَقُ لاستِنادِها إلى وَقتِ العُلُوقِ، وهذه دعوةُ استيلادٍ[3].

(وإنْ جاءَتْ بِهِ لأكثَرَ مِنْ سَنَتينِ مِنْ وَقتِ البيعِ، لم تَصِحَّ دَعوةُ البائعِ)؛ لأنَّه لم يُوجدِ اتِّصالُ العُلُوقِ بِمِلكِهِ تيقُّناً، وهو[4] الشَّاهدُ والحُجَّةُ، ....

---

(١) أي: بأنَّ الولد.

(٢) أي: دعوى البائع.

(٣) أي: دعوى البائع دعوى استيلادٍ، ودعوى المشتري دعوى تحريرٍ؛ لأنَّ العلوق لم يكن في مِلكِهِ، ودعوى الاستيلاد أولى لاستنادها إلى وقت العلوق. بناية.

(٤) أي: اتِّصال العلوقِ بملكه.

إِلَّا إذا صَدَّقَهُ المُشترِي، وإِنْ جاءَتْ بِهِ لأكثرَ مِنْ ستَّةِ أشهُرٍ من وَقتِ البَيعِ ولأَقَلَّ مِنْ سَنَتَينِ، لم تُقبَلُ دعوةُ البائعِ فيه، إِلَّا أنْ يُصَدِّقَهُ المشتري، فإِنْ ماتَ الوَلَدُ، فادَّعاهُ البائعُ وقد جاءتْ بهِ لأَقَّلَ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ، لم يَثبُتِ الاستيلادُ في الأمِّ، وإنْ ماتَتِ الأمُّ فادَّعاهُ البائعُ وقد جاءتْ بهِ لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهُرٍ، يَثْبُتُ النَّسَبُ في الوَلَدِ وأخَذَهُ البائعُ ....

(إِلَّا إذا صَدَّقَهُ المُشترِي)، فَيَثبُتُ النَّسبُ ويُحمَلُ على الاستيلادِ بالنِّكاح، ولا يَبطُلُ البيعُ لأنَّا تيقَّنَّا أنَّ العُلُوقَ لم يكن في مِلكِه، فلا يَثبُتُ حقيقةُ العِتْقِ[١] ولا حَقُّهُ[٢]، وهذه دعوةُ تَحريرٍ[٣]، وغيرُ المالِكِ ليس من أهلِهِ.

(وإِنْ جاءَتْ بِهِ لأكثرَ مِنْ ستَّةِ أشهُرٍ من وَقتِ البَيعِ ولأقلَّ مِنْ سَنَتَينِ، لم تُقبَلُ دعوةُ البائع فيه، إِلَّا أنْ يُصدِّقَهُ المشتري)؛ لأنَّه احتَمَل أنْ لا يكونَ العُلُوقُ في مِلكِه فلم تُوجَد الحُجَّةُ، فلا بدَّ من تصديقِهِ، وإذا صدَّقَه يَثبُتُ النَّسبُ ويَبطُلُ البيعُ، والولدُ حُرٌّ، والأمُّ أمُّ ولدٍ له - كما في المسألة الأولى - لِتَصادُقِهما واحتمالِ العُلُوقِ في المِلك.

(فإِنْ ماتَ الوَلَدُ، فادَّعاهُ البائعُ وقد جاءتْ بهِ لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ، لم يَثبُتِ الاستيلادُ في الأمِّ)؛ لأنَّها تابعةٌ للولدِ، ولم يَثبتْ نسبُهُ بعدَ الموتِ؛ لِعَدَم حاجتِهِ إلى ذلك، فلا يَتبعُهُ استيلادُ الأمِّ.

(وإنْ ماتَتِ الأمُّ فادَّعاهُ البائعُ وقد جاءتْ بهِ لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهُرٍ، يَثْبُتُ النَّسَبُ في الوَلَدِ وأخَذَهُ البائعُ)؛ لأنَّ الولدَ هو الأصلُ في النَّسبِ، فلا يَضرُّهُ فَواتُ التَّبَعِ.

---

(١) أي: في الولد.

(٢) أي: حقُّ البائع في الجارية، فلا تصير أمَّ ولد. عناية.

(٣) يعني: إذا لم تَصرِ الجاريةُ أمَّ ولدٍ تبقى الدَّعوى في الولد دعوى تحرير.

وَيَرُدُّ الثَّمَنَ كُلَّهُ في قولِ أبي حنيفة. وقالا: يَرُدُّ حِصَّةَ الوَلَدِ ولا يَرُدُّ حِصَّةَ الأمِّ.

وإنَّما كان الولدُ أصلاً؛ لأنَّها تُضافُ إليه يقال: «أمَّ الولدِ»، وتَستفيدُ الحرِّيَّةَ من جهتِهِ؛ لقوله ﷺ: «أعتقَها ولَدُها»[1]، والثَّابتُ لها حَقُّ الحُرِّيَّةِ، وله حقيقَتُها، والأدنى يَتبَعُ الأعلى.

(وَيَرُدُّ الثَّمنَ كُلَّهُ في قولِ أبي حنيفة. وقالا: يَرُدُّ حِصَّةَ الوَلَدِ ولا يَرُدُّ حِصَّةَ الأمِّ)؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه باعَ أمَّ ولدِهِ، وماليَّتُها غيرُ مُتقوِّمةٍ عنده[2] في العقدِ والغَصْبِ فلا يَضمَنُها المشتري[3]، وعندهما مُتقوِّمةٌ فَيضمَنُها.

وفي الجامع الصَّغير: وإذا حَبِلَتِ الجاريةُ في مِلْكِ رجلٍ، فَباعَها، فَوَلَدَت في يدِ المُشتري، فادَّعَى البائعُ الوَلَدَ وقد أعتَقَ المُشتري الأمَّ، فهو ابنُهُ يُرَدُّ عليه بحِصَّتِهِ من الثَّمنِ، ولو كانَ المشتري إنَّما أعتَقَ الولَدَ، فدعواهُ باطلَةٌ[4].

ووجهُ الفَرق[5]: أنَّ الأصلَ في هذا البابِ الولَدُ، والأمُّ تابعةٌ له على ما مَرَّ. وفي الفَصلِ الأوَّل قامَ المانعُ من الدَّعوةِ والاستيلادِ، وهو العِتقُ في التَّبعِ، وهو الأمُّ، فلا يَمتنِعُ ثُبوتُهُ في الأصلِ، وهو الولَدُ، وليس من ضَروراتِهِ[6] كما في

(١) تقدَّم في الاستيلاد، انظر (٢/ ٣٤٣).
(٢) أي: عند أبي حنيفة.
(٣) حتى إذا اشترى أمَّ الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها، وكذلك لو غَصَبَها فماتت عنده. بناية.
(٤) أي: إذا لم يصدِّقه المشتري. بناية.
(٥) أي: بين ما إذا أعتق المشتري الأمَّ ولم يُعتق الولدَ، حيث تكون دعوى البائع صحيحةً في حقِّ الولدِ خاصَّة، وبين ما إذا أعتق المشتري الولدَ دونَ الأمِّ، حيثُ تبطلُ دعوى البائع أصلاً.
(٦) أي: ثبوتُ الاستيلادِ في حقِّ الأم ليس من ضرورات ثُبوتِ نَسبِ الولدِ وحرِّيتِهِ، يعني: أنَّ ذلك وإن كان من أحكامِهِ إلَّا أنَّه ليس من ضروراته، بحيث لا يَنفصِلُ عنه؛ لِجَوازِ انفكاكِهِ عنه، كما في ولد المغرور. فتح.

وَمَنْ باعَ عبداً وُلِدَ عِندَهُ، وباعَهُ المُشتري مِنْ آخَرَ، ثمَّ ادَّعاهُ البائعُ الأوَّلُ، فهو ابنُهُ ويَبْطُلُ البيعُ. ....

ولدِ المَغرورِ[١]، فإنَّه حرٌّ وأمُّهُ أمَةٌ لمولاها[٢]، وكما في المُستولَدَةِ بالنِّكاح[٣].

وفي الفَصل الثَّاني[٤] قامَ المانعُ بالأصلِ وهو الولدُ، فَيمتنِعُ ثُبوتُهُ[٥] فيه وفي التَّبع، وإنَّما كان الإعتاقُ مانعاً[٦]؛ لأنَّه لا يَحتمِلُ النَّقضَ كحَقِّ استِلحَاقِ النَّسَبِ وحقِّ الاستيلادِ، فاستويا من هذا الوجهِ[٧].

ثمَّ الثَّابتُ من المشتري حقيقةُ الإعتاقِ، والثَّابتُ في الأمِّ حقُّ الحرِّيَّةِ، وفي الولد للبائع حقُّ الدَّعوةِ، والحقُّ لا يُعارِضُ الحقيقةَ، والتَّدبيرُ بمنزلةِ الإعتاقِ؛ لأنَّه لا يَحتمِلُ النَّقضَ، وقد ثبتَ به بعضُ آثار الحرِّيَّةِ.

وقولُهُ في الفصل الأوَّل: «يُرَدُّ عليه بِحصَّتِهِ من الثَّمنِ» قَولُهما[٨]، وعنده[٩] يُرَدُّ بكلِّ الثَّمن، هو الصَّحيحُ كما ذكرنا في فصلِ الموت.

قال: (وَمَنْ باعَ عبداً وُلِدَ عِندَهُ، وباعَهُ المُشتري مِنْ آخَرَ، ثمَّ ادَّعاهُ البائعُ الأوَّلُ، فهو ابنُهُ ويَبطُلُ البيعُ)؛ لأنَّ البيعَ يَحتمِلُ النَّقضَ، وما لَهُ من حقِّ الدَّعوةِ لا يَحتمِلُهُ،

(١) وهو وَلَدُ مَن يطأ امرأةً مُعتمِداً على مِلْك يمينٍ أو نكاحٍ، فَتَلِدُ منه، ثُمَّ تُستَحَقُّ.

(٢) أي: وليست أمَّ ولدٍ لأبيه.

(٣) بأن تزوَّج امرأةً على أنَّها حرَّةٌ، فولدت، فإذا هي أمةٌ، فإنَّه يثبتُ نسب ولدها ولا تثبتُ أمومِيَّةُ أمِّ الولد. بناية.

(٤) وهو ما إذا أعتق المشتري الولدَ ثمَّ ادَّعاه البائعُ أنَّه ولده.

(٥) أي: ثُبوتُ ما ذُكِرَ من الدَّعوى والاستيلادِ.

(٦) أي: مانعاً من ثُبوتِ النَّسَبِ بدعوى البائع.

(٧) أي: من حيث إنَّهما لا يحتملان النَّقض. بناية.

(٨) يعني: أنَّ ما نقله عن الجامع الصَّغير قبل قليل من قوله: «وقد أعتَقَ المُشتري الأمَّ فهو ابنُهُ يُرَدُّ عليه بحصَّتِهِ من الثَّمن» هو قول أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

(٩) أي: عند أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ.

ومَنِ ادَّعَى نَسَبَ أحَدِ التَّوأَمَينِ ثبَتَ نَسَبُهُما منه، ....

فَيُنقَضُ البيعُ لأجلِهِ.

وكذا إذا كاتَبَ الوَلَدَ أو رَهَنَه أو أجَّرَهُ أو كاتَبَ الأمَّ أو رَهَنَها أو زوَّجَها، ثمَّ كانت الدَّعوة؛ لأنَّ هذه العَوارِضَ تَحتمِلُ النَّقضَ، فَيُنقَضُ ذلك كلُّهُ وتصحُّ الدَّعوة.

بخلاف الإعتاقِ والتَّدبيرِ على ما مرَّ[١]، وبخلافِ ما إذا ادَّعاهُ المُشتري أوَّلاً ثمَّ ادَّعاهُ البائعُ، حيثُ لا يَثبُتُ النَّسبُ من البائعِ؛ لأنَّ النَّسبَ الثَّابتَ من المُشتري لا يَحتمِلُ النَّقضَ، فصار كإعتاقه.

قال: (ومَنِ ادَّعى نَسَبَ أحَدِ التَّوأَمَينِ ثبَتَ نَسَبُهُما منه)؛ لأنَّهما من ماءٍ واحدٍ، فَمِن ضرورةِ ثُبوتِ نَسبِ أحدِهِما ثبوتُ نَسبِ الآخَرِ، وهذا لأنَّ التَّوأمينِ وَلَدانِ بينَ وِلادَتِهِما أقلُّ من ستَّةِ أشهُرٍ، فلا يُتصوَّرُ عُلُوقُ الثَّاني حادثاً؛ لأنَّه لا حبَلَ لأقَلَّ من ستَّةِ أشهر.

وفي الجامع الصَّغير: «إذا كانَ في يده غلامانِ توأمانِ وُلِدا عنده، فباع أحَدَهما وأعتقَه المشتري، ثمَّ ادَّعى البائعُ الذي في يدِهِ، فهما ابناهُ وبطَلَ عِتقُ المُشتري[٢]»؛ لأنَّه لمَّا ثبَتَ نسَبُ الولدِ الذي عندَهُ لِمُصادفَةِ العُلُوقِ والدَّعوةِ مِلكَهُ، إذِ المسألةُ مفروضةٌ فيه[٣]، ثبَتَ به حرِّيَّةُ الأصلِ فيه، فيثبُتُ نسَبُ الآخَرِ، وحرِّيَّةُ الأصلِ فيه ضرورةً لأنَّهما توأمان، فتبيَّنَ أنَّ عِتقَ المشتري وشِراءَهُ لاقَى حرِّيَّةَ الأصلِ فبَطَلَ.

---

(١) من أنَّ كِلَيهما لا يَحتمِلُ النَّقضَ.

(٢) في الجامع الصغير: «بطل عِتقُ المشتري والبيعُ أيضاً».

(٣) أي: في أن يُصادِفَ العُلُوقَ والدَّعوى مِلكَه، فإنَّ في قوله: «ولداً عنده» إشارةً إلى مصادفةِ العُلُوقِ مِلكَهُ، وفي قوله: «ثمَّ ادَّعى البائعُ الذي في يده» تصريحاً بمصادفةِ الدَّعوى مِلكَه.

ولو لم يكنْ أصلُ العُلُوقِ في مِلكِهِ ثبَتَ نسَبُ الوَلَدِ الذي عندَهُ، ولا يُنقَضُ البيعُ فيما باعَ. وإذا كانَ الصَّبيُّ في يَدِ رجلٍ فقال: «هو ابنُ عبدي فُلانٍ الغائِبِ»، ثمَّ قال: «هو ابني» لم يَكنِ ابنَهُ أبداً، وإنْ جَحَدَ العبدُ أنْ يكونَ ابنَهُ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إذا جَحَدَ العبدُ فهو ابنُ المَولَى. ....

بخلاف ما إذا كان الوَلَدُ واحداً[1]؛ لأنَّ هناك[2] يبطُلُ العِتقُ فيه مقصوداً لحقِّ دعوةِ البائعِ، وهنا[3] ثبتَ[4] تبَعَاً لحرِّيَّته فيه حريةَ الأصلِ، فافترقا[5].

(ولو لم يكنْ أصلُ العُلُوقِ في مِلكِهِ ثبتَ نسَبُ الوَلَدِ الذي عندَهُ، ولا يُنقَضُ البيعُ فيما باعَ)؛ لأنَّ هذه دعوة تَحريرٍ؛ لانعدامِ شاهدِ الاتِّصالِ، فَيَقتصِرُ[6] على محلِّ ولايتِهِ.

قال: (وإذا كانَ الصَّبيُّ في يَدِ رجلٍ فقال: «هو ابنُ عبدي فُلانٍ الغائِبِ»، ثمَّ قال: «هو ابني» لم يَكنِ ابنَهُ أبداً، وإنْ جَحَدَ العبدُ أنْ يكونَ ابنَهُ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إذا جَحَدَ العبدُ فهو ابنُ المَولَى)، وعلى هذا الخلافِ إذا قال: «هو ابنُ فلانٍ، وُلِدَ على فراشِهِ» ثمَّ ادَّعاه لنفسه.

لهما: أنَّ الإقرارَ ارتدَّ بردِّ العبدِ، فصار كأنْ لم يكنِ الإقرارُ، والإقرارُ بالنَّسبِ يرتدُّ بالرَّدِّ وإنْ كان لا يَحتمِلُ النَّقضَ؛ ألا يُرى أنَّه يَعمَل فيه الإكراهُ والهزلُ[7]، فصار كما إذا أقرَّ المشتري على البائع بإعتاقِ المُشتَرَى، فكذَّبَه البائعُ، ثمَّ قال[8]:

---

(١) حيثُ لا يبطُلُ فيه إعتاقُ المشتري بدعوى البائعِ نسَبَهُ.

(٢) أي: في مسألة الولد الواحد.

(٣) أي: في مسألة التَّوأمين.

(٤) أي: يثبتُ بطلانُ عتقِ المشتَرَى بطريق التَّبعيَّة.

(٥) أي: حكمُ ما إذا كان الولدُ واحداً وحكمُ التَّوأمين.

(٦) أي: العِتقُ.

(٧) حتَّى لو أكرِهَ بِبُنوَّةِ عبدٍ فأقرَّ بها لا يثبتُ النَّسبُ، وكذا لو أقرَّ بها هازلاً. فتح.

(٨) أي: المشتري.

«أنا أعتقتُهُ» يتحوَّلُ الوَلاءُ إليه.

بخلافِ ما إذا صدَّقه[1] لأنَّه[2] يدَّعي بعد ذلك نسَباً ثابتاً من الغير.

وبخلافِ ما إذا لم يُصدِّقْه ولم يُكذِّبه؛ لأنَّه تعلَّقَ به[3] حقُّ المُقَرِّ له على اعتبار تصديقِهِ، فيصيرُ كوَلَد المُلاعَنةِ، فإنَّه لا يثبتُ نسبُهُ من غيرِ الملاعِنِ؛ لأنَّ له أن يُكذِّب نفسَهُ.

ولأبي حنيفة: أنَّ النَّسبَ ممَّا لا يَحتمِلُ النَّقضَ بعد ثُبوتِهِ، والإقرارُ بمثلِهِ[4] لا يَرتَدُّ بالرَّدِّ[5]، فبقي[6]، فتمتنع دعوتُهُ[7]، كمن شَهِدَ على رجلٍ بِنَسبِ صغيرٍ فرُدَّت شهادتُهُ لِتُهمةٍ، ثمَّ ادَّعاه لنفسِهِ، وهذا[8] لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ المقَرِّ له على اعتبار تصديقِهِ، حتَّى لو صدَّقه بعد التَّكذيبِ يثبُتُ النَّسبُ منه، وكذا تَعلَّق به حقُّ الولدِ فلا يَرتدُّ بردِّ المُقَرِّ له.

ومسألةُ الوَلاءِ على هذا الخلاف[9]، ولو سُلِّم فالوَلاءُ قد يَبطُلُ باعتراضِ الأقوى، كجَرِّ الوَلاءِ من جانبِ الأمِّ إلى قومِ الأبِ[10].

---

(١) أي: بخلاف ما إذا صَدَّق المُقَرُّ له المُقَرَّ في مسألتنا، حيثُ لا يصحُّ فيه دعوةُ المولى بالاتِّفاق. فتح.

(٢) أي: المقرُّ.

(٣) أي: بالصَّبيِّ.

(٤) أي: بمثل ما لا يَحتمِلُ النَّقضَ بعد ثُبوتِه.

(٥) أي: لا يبطلُ بالتَّكذيبِ، كمن أقرَّ بحرِّيَّة عبدِ إنسانٍ وكذَّبه المولى، لا يبطلُ إقرارُهُ، حتَّى لو اشتراه بعد ذلك يَعتِقُ عليه. فتح.

(٦) أي: فبقي الإقرارُ في حقِّ المُقَرِّ وإنْ لم يثبت في حقِّ المُقَرِّ له. فتح.

(٧) أي: فتمتنع دعوى المقِرِّ بعد الرَّدِّ أيضا.

(٨) إشارةٌ إلى قوله: «والإقرارُ بمثلِهِ لا يرتدُّ بالرَّدِّ». فتح.

(٩) هذا جواب عن استشهادهما بها، تقريره: أنَّ مسألة الولاء ليست بحجَّة على أبي حنيفة؛ لأنَّها على هذا الخلاف، فلا تنتهض شاهداً. بناية.

(١٠) صورته: مُعتَقَةٌ تزوَّجت بعبدٍ وولدت منه أولاداً، فجنى الأولادُ، كان عَقلُ جنايتهم على موالي الأمِّ؛ لأنَّ الأبَ ليس من أهل الولاء، فكان الولدُ مُلحَقاً بقوم الأمِّ، فإنْ أعتِقَ العبدُ جَرَّ وَلاءَ الأولاد إلى نفسه. بناية.

وإذا كان الصَّبيُّ في يدِ مُسلِمٍ ونَصرانيٍّ، فقال النَّصرانيُّ: «هو ابني»، وقال المسلمُ: «هو عبدي» فهو ابنُ النَّصرانيِّ وهو حُرٌّ، ولو كانت دَعوَتُهُما دَعوةَ البُنوَّةِ، فالمُسلِمُ أولى. وإذا ادَّعَتِ امرأةٌ صَبِيّاً أنَّهُ ابنُها، لم تَجُزْ دَعْواها حتَّى تَشهَدَ امرأةٌ على الوِلادَةِ، ......

وقد اعتَرَضَ[١] على الوَلاءِ الموقوفِ[٢] ما هو أقوى، وهو دعوى المشتري[٣]، فيبطُلُ به[٤]، بخلاف النَّسَب على ما مرَّ[٥].

وهذا[٦] يَصلُحُ مَخرَجاً على أصلِهِ[٧] فيمن يَبِيعُ الولَدَ ويخافُ عليه الدَّعوةَ بعد ذلك، فيَقطَعُ دعواه إقرارَهُ بالنَّسبِ لغيره.

قال: (وإذا كان الصَّبيُّ في يدِ مُسلِمٍ ونَصرانيٍّ، فقال النَّصرانيُّ: «هو ابني» وقال المسلمُ: «هو عبدي» فهو ابنُ النَّصرانيِّ وهو حُرٌّ)؛ لأنَّ الإسلامَ مُرجِّحٌ فيستدعي تَعارُضاً، ولا تَعارُضَ؛ لأنَّ نظَرَ الصَّبيِّ في هذا أوفَرُ؛ لأنَّه ينالُ شَرَفَ الحرِّيَّة حالاً وشرَفَ الإسلام مآلاً، إذْ دلائلُ الوَحدانيَّةِ ظاهرةٌ، وفي عكسِهِ الحكمُ بالإسلام تبَعاً وحِرمانُهُ عن الحرِّيَّة؛ لأنَّه ليس في وُسعِهِ اكتسابُها، (ولو كانت دَعوَتُهُما دَعوةَ البُنوَّةِ فالمُسلِمُ أولى) ترجيحاً للإسلام، وهو أوفَرُ النَّظرين.

قال: (وإذا ادَّعَتِ امرأةٌ صَبِيّاً أنَّهُ ابنُها، لم تَجُزْ دَعْواها حتَّى تَشهَدَ امرأةٌ على الوِلادَةِ)، ومعنى المسألة: أن تكونَ المرأةُ ذاتَ زوجٍ؛ لأنَّها تدَّعي تَحميلَ النَّسبِ على الغير، فلا تُصدَّقُ إلَّا بحُجَّةٍ، بخلاف الرَّجلِ لأنَّه يُحمِّلُ نفسَهُ النَّسَبَ.

---

(١) أي: في مسألتنا هذه.

(٢) وهو الوَلاءُ من جانب البائع، وإنَّما سمَّاه موقوفاً لأنَّه على عَرَضيَّة التَّصديقِ بعد التَّكذيب. بناية.

(٣) لأنَّ المِلكَ له قائمٌ في الحال، فكان دعوى الوَلاءِ مُصادفاً لمَحلِّه؛ لِوُجودِ شَرطِهِ، وهو قيامُ المِلك. عناية.

(٤) أي يبطلُ الوَلاءُ الموقوفُ باعتراضِ ما هو الأقوى، الذي هو دعوى المشتري. فتح.

(٥) من أنَّ النَّسبَ لا يحتملُ النَّقضَ.

(٦) أي: إقرارُ البائعِ بنسب ما باعه لغيره. بناية.

(٧) أي: على أصل أبي حنيفة.

ولو كانت مُعتَدَّةً فلا بدَّ مِنْ حُجَّةٍ تامَّةٍ، وإنْ كان لها زَوجٌ وزَعَمَتْ أنَّهُ ابنُهَا منه وصَدَّقَها، فهو ابنُهُما وإنْ لم تُشهِدِ امرأةً، وإنْ كانَ الصَّبِيُّ في أيديهما، وزَعَمَ الزَّوجُ أنَّهُ ابنُهُ من غَيرِها، وزَعَمَتْ أنَّهُ ابنُها من غَيرِهِ، فهو ابنُهُما. ومَنِ اشتَرَى جاريةً فَوَلَدَتْ ولَدَاً عنده، فاستَحَقَّها رجلٌ، غَرِمَ الأبُ قِيمَةَ الوَلَدِ يومَ يُخاصِمُ،

ثمَّ شهادةُ القابلَةِ كافيةٌ فيها؛ لأنَّ الحاجةَ إلى تَعيينِ الولد، أمَّا النَّسبُ فَيَثبُتُ بالفراشِ القائمِ، وقد صحَّ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ قَبِلَ شهادةَ القابلَةِ على الوِلادةِ»[1].

(ولو كانت مُعتَدَّةً فلا بدَّ مِنْ حُجَّةٍ تامَّةٍ[2]) عند أبي حنيفة، وقد مرَّ في الطَّلاق[3].

وإن لم تكن منكوحةً ولا مُعتدَّةً قالوا: يَثبُتُ النَّسبُ منها بِقَولِها؛ لأنَّ فيه إلزاماً على نَفسِها دونَ غيرِها.

(وإنْ كان لها زَوجٌ وزَعَمَتْ أنَّهُ ابنُهَا منه وصَدَّقَها، فهو ابنُهُما وإنْ لم تُشهِدِ امرأةً)؛ لأنَّه التزَمَ نَسَبَه، فأغنى ذلك عن الحُجَّة.

(وإنْ كانَ الصَّبِيُّ في أيديهما، وزَعَمَ الزَّوجُ أنَّهُ ابنُهُ من غَيرِها، وزَعَمَتْ أنَّهُ ابنُها من غَيرِهِ، فهو ابنُهُما)؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ الولدَ منهما؛ لقيامِ أيديهما، أو لقيامِ الفراش بينهما، ثمَّ كلُّ واحدٍ منهما يُريدُ إبطالَ حقِّ صاحبِهِ، فلا يُصدَّقُ عليه، وهو نظيرُ ثوبٍ في يدِ رجلينِ، يقولُ كلُّ واحدٍ منهما: هو بَينِي وبينَ رجلٍ آخَرَ غيرِ صاحبِهِ، يكونُ الثَّوبُ بينهما، إلَّا أنَّ هناك يدخلُ المُقَرُّ له في نصيبِ المُقِرِّ؛ لأنَّ المَحَلَّ يَحتمِلُ الشَّركةَ، وهاهنا لا يدخلُ لأنَّ النَّسبَ لا يَحتمِلُها.

قال: (ومَنِ اشتَرَى جاريةً فَوَلَدَتْ ولَدَاً عنده، فاستَحَقَّها رجلٌ، غَرِمَ الأبُ قِيمَةَ الوَلَدِ يومَ يُخاصِمُ)؛ لأنَّه ولدُ المَغرورِ، فإنَّ المَغرورَ مَنْ يَطأُ امرأةً مُعتمِداً على مِلك يمينٍ أو نكاحٍ، فتَلِدُ منه، ثمَّ تُستَحَقُّ.

---

(١) تقدَّم (٢/ ٢٦٠).

(٢) وهي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

(٣) أي: في باب ثبوت النَّسب، انظر (٢/ ٢٦٠-٢٦١).

ولو ماتَ الولَدُ لا شيءَ على الأبِ، ولو قتَلَهُ الأبُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ، وكذا لو قتَلَهُ غيرُهُ فأخَذَ ديتَهُ ويَرجِعُ بِقِيمَةِ الوَلدِ على بائِعِهِ.

وولدُ المَغرورِ حُرٌّ بالقيمةِ بإجماعِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم، ولأنَّ النَّظرَ من الجانبين واجبٌ، فَيُجعَل الوَلَدُ حرَّ الأصلِ في حقِّ أبيه رقيقاً في حقِّ مُدَّعيه، نظَراً لهما، ثمَّ الولدُ حاصلٌ في يدِهِ من غيرِ صُنعِهِ[1]، فلا يَضمَنُه إلَّا بالمَنعِ كما في ولد المَغصوبةِ، فلهذا تُعتَبَر قيمةُ الولدِ يومَ الخُصومةِ؛ لأنَّه يومُ المَنع.

(ولو ماتَ الولَدُ لا شيءَ على الأبِ)؛ لانعدامِ المَنعِ، وكذا لو تَرَكَ مالاً؛ لأنَّ الإرثَ ليس ببدلٍ عنه، والمالُ لأبيه لأنَّه حُرُّ الأصلِ في حقِّه فيَرِثُه.

(ولو قتَلَهُ الأبُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ)؛ لوجود المَنعِ، (وكذا لو قتَلَهُ غيرُهُ فأخَذَ ديتَهُ)؛ لأنَّ سلامةَ بدَلِهِ له كسَلامتِهِ، ومَنْعُ بدَلِهِ كمَنْعِهِ، فَيَغرَمُ قيمَتَهُ كما إذا كان حيّاً، (ويَرجِعُ بِقِيمَةِ الوَلدِ على بائِعِهِ)؛ لأنَّه ضَمِنَ له سلامَتَه كما يَرجِعُ بثَمَنِهِ، بخلاف العَقرِ، لأنَّه لَزِمَه لاستيفاءِ مَنافِعَها، فلا يرجعُ به على البائع، والله أعلم بالصَّواب.



(١) يعني: من غير تَعدٍّ منه. بناية.

كتاب الإقرار

كِتَابُ الإقرار

وإذا أَقَرَّ الحُرُّ البالِغُ العاقِلُ بِحَقٍّ لَزِمَهُ إقرارُهُ، مَجهولاً كان ما أَقَرَّ به أو معلوماً،

(كتاب الإقرار)

قال: (وإذا أقَرَّ الحُرُّ البالِغُ العاقِلُ بِحَقٍّ لَزِمَهُ إقرارُهُ، مَجهولاً كان ما أَقَرَّ به أو معلوماً).

اعلم أنَّ الإقرارَ إخبارٌ عن ثُبوتِ الحقِّ، وأنَّه مُلزِمٌ لِوُقوعِهِ دِلالةً[1]؛ ألا ترى كيفَ ألزمَ رسولُ الله ﷺ ماعزاً رضي الله عنه الرَّجمَ بإقرارِهِ[2]، وتلكَ المرأةَ باعترافِها.

وهو حجَّةٌ قاصرةٌ لِقُصورِ وِلايةِ المُقِّر عن غيرِهِ، فَيَقتصِرُ عليه.

وشَرَطَ الحرِّيَّةَ لِيَصحَّ إقرارُهُ مُطلَقاً[3]، فإنَّ العبدَ المأذونَ له وإنْ كان مُلحَقاً بالحُرِّ في حقِّ الإقرارِ، لكنِ المَحجورُ عليه لا يصحُّ إقرارُهُ بالمال، ويصحُّ بالحدودِ والقصاصِ؛ لأنَّ إقرارَهُ عُهِدَ مُوجِباً لتعلُّقِ الدَّينِ برقَبَتِهِ، وهي مالُ المولى، فلا يُصدَّقُ عليه.

بخلافِ المأذونِ لأنَّهُ مُسلَّطٌ عليه من جِهتِهِ، وبخلاف الحَدِّ والدَّمِ لأنَّه[4] مُبقَىً على أصلِ الحرِّيةِ في ذلك[5]، حتَّى لا يصحُّ إقرارُ المولى على العبدِ فيه.

---

(١) أي: لوقوعِ الإقرارِ دليلاً على وُجودِ المُخبَرِ به.

(٢) تقدَّم في الحدود (٢/ ٤١٦).

(٣) في المال وغيره.

(٤) أي: العبد.

(٥) أي: في الحدِّ والدَّمِ، بتأويل المذكور، أو لجوازِ استعمالِ ذلك في المُثَنَّى أيضاً كما قالوا في قوله تعالى: ﴿عَوَانٌۢ بَيۡنَ ذَٰلِكَۖ﴾ [البقرة: ٦٨]. فتح.

ويُقال له: بَيِّنِ المَجهُولَ، فإنْ لم يُبيِّنْ أجبَرَهُ القاضي على البيانِ، فإنْ قال: «لِفُلانٍ عليَّ شَيءٌ» لَزِمَهُ أنْ يُبيِّنَ ما له قِيمةٌ، والقَولُ قَولُهُ مع يَمينِهِ إنِ ادَّعى المُقَرُّ له أكثَرَ مِنْ ذلك، وكذا إذا قال: «لِفُلانٍ عليَّ حَقٌّ»، ولو قال: «لِفُلانٍ عليَّ مالٌ» فالمَرجِعُ إليه في بَيانِهِ، ويُقبَلُ قولُهُ في القَليلِ والكَثيرِ ....

ولا بدَّ من البلوغ والعقلِ؛ لأنَّ إقرارَ الصَّبيِّ والمجنونِ غيرُ لازِمٍ؛ لانعدامِ أهليَّةِ الالتزام، إلَّا إذا كان الصَّبيُّ مأذوناً له؛ لأنَّه مُلحَقٌ بالبالغ بِحُكمِ الإذنِ.

وجَهالةُ المُقَرِّ به لا تمنعُ صِحَّةَ الإقرارِ؛ لأنَّ الحقَّ قد يَلزمُ مَجهولاً، بأن أتلَفَ مالاً لا يدري قِيمَتَه، أو يَجرَحُ جِراحةً لا يَعلَمُ أَرشَها، أو تبقى عليه باقيةُ حسابٍ لا يُحيط به علمُهُ، والإقرارُ إخبارٌ عن ثبوتِ الحقِّ فيصحُّ به، بخلافِ الجَهالةِ في المُقَرِّ له؛ لأنَّ المَجهولَ لا يَصلُحُ مستَحَقّاً.

(ويُقال له: بَيِّنِ المَجهُولَ)؛ لأنَّ التَّجهيلَ من جهتِهِ، فصار كما إذا أعتَقَ أحَدَ عبديه، (فإنْ لم يُبيِّنْ أجبَرَهُ القاضي على البيانِ)؛ لأنَّه لزِمَه الخروجُ عمَّا لزِمَه بصحيحِ إقرارِهِ، وذلك بالبيان.

(فإنْ قال: «لِفُلانٍ عليَّ شَيءٌ» لَزِمَهُ أنْ يُبيِّنَ ما له قِيمةٌ)؛ لأنَّه أخبَرَ عن الوجوبِ في ذمَّتِهِ، وما لا قيمةَ له لا يجبُ فيها، فإذا بيَّنَ غيرَ ذلك يكونُ رجوعاً.

قال: (والقَولُ قَولُهُ مع يَمينِهِ إنِ ادَّعى المُقَرُّ له أكثَرَ مِنْ ذلك)؛ لأنَّه هو المُنكِرُ فيه.

(وكذا إذا قال: «لِفُلانٍ عليَّ حَقٌّ») لِما بيَّنَّا[1]، وكذا لو قال: «غصَبتُ منه شيئاً»، ويجبُ عليه أن يُبيِّنَ ما هو مالٌ يجري فيه التَّمانُعُ تعويلاً على العادة.

(ولو قال: «لِفُلانٍ عليَّ مالٌ» فالمَرجِعُ إليه في بَيانِهِ)؛ لأنَّه المُجمِلُ، (ويُقبَلُ قولُهُ في القَليلِ والكَثيرِ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك مالٌ، فإنَّه اسمٌ لِما يُتموَّلُ به، ....

---

(١) يشير إلى قوله: «لأنَّه أخبَرَ عن الوجوبِ في ذمَّتِهِ».

إلَّا أنَّه لا يُصدَّقُ في أقَلَّ مِنْ درهمٍ، ولو قال: «مالٌ عَظيمٌ» لم يُصَدَّقْ في أقَلَّ من مائتي درهمٍ، ولو قال: «أموالٌ عِظامٌ» فالتَّقديرُ بِثَلاثةِ نُصُبٍ من أيِّ فَنٍّ سَمَّاهُ، ولو قال: «دراهمُ كثيرةٌ» لم يُصدَّقْ في أقلَّ من عَشَرةٍ، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِنْ مائتين، ....

(إلَّا أنَّه لا يُصدَّقُ في أقَلَّ مِنْ درهمٍ)؛ لأنَّه لا يُعدُّ مالاً عرفاً.

(ولو قال: «مالٌ عَظيمٌ» لم يُصَدَّقْ في أقَلَّ من مائتي درهم)؛ لأنَّه أقَرَّ بمالٍ موصوفٍ، فلا يجوزُ إلغاءُ الوَصفِ، والنِّصابُ مالٌ عظيمٌ، حتَّى اعتُبِرَ صاحبُهُ غنيّاً به، والغنيُّ عظيمٌ عندَ النَّاس.

وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يُصدَّق في أقلَّ من عشرةِ دراهم، وهي نصابُ السَّرقةِ؛ لأنَّه عظيمٌ حيثُ تُقطَع به اليدُ المُحترَمةُ، وعنه مِثلُ جواب الكتاب[1].

وهذا[2] إذا قال: «من الدَّراهم»، أمَّا إذا قال: «من الدَّنانير» فالتَّقديرُ فيها بالعشرين، وفي الإبل بِخَمسٍ وعشرين؛ لأنَّه أدنى نصابٍ يجبُ فيه من جنسِهِ[3]، وفي غيرِ مالِ الزَّكاةِ بقيمة النِّصاب.

(ولو قال: «أموالٌ عِظامٌ» فالتَّقديرُ بِثَلاثةِ نُصُبٍ من أيِّ فَنٍّ سَمَّاهُ) اعتباراً لأدنى الجَمْع[4].

(ولو قال: «دراهمُ كثيرةٌ» لم يُصدَّقْ في أقلَّ من عَشَرةٍ، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِنْ مائتين)؛ لأنَّ صاحبَ النِّصابِ مُكثِرٌ، حتَّى وجَبَ عليه مواساةُ غيرِهِ، بخلاف ما دونه.

---

(١) أي: عن أبي حنيفة رحمه الله مِثلُ ما ذَكَرَ القدوري في مُختَصَرِه مِنْ أنَّه لا يُصدَّقُ في أقلَّ من مائتي درهم. بناية.

(٢) أي: ما ذَكَر من أنَّه لا يُصدَّقُ في أقلَّ من مائتي درهم. بناية.

(٣) والحاصلُ: أنَّه إذا بيَّنَ بجنسٍ من أجناسِ الأموالِ الزَّكويَّةِ، فالمعتَبَرُ أقَلُّ ما يكون نصاباً في ذلك الجنس. فتح.

(٤) يعني: من الدَّراهم ستُّمائة، ومن الدَّنانير ستُّون، وعلى هذا قياسُ الإبل والغنمِ لو أقرَّ بهما. بناية.

ولو قال: «دراهمُ» فهي ثلاثةٌ إلَّا أنْ يُبيِّنَ أكثرَ منها، ولو قال: «كذا كذا درهماً» لم يُصدَّقْ في أقلَّ من أحَدَ عشرَ دِرهماً، ولو قال: «كذا وكذا درهماً» لم يُصدَّقْ في أقلَّ من أحَدَ وعِشرينَ، ولو قال: «كذا دِرهماً» فهو دِرهمٌ ولو ثَلَّثَ «كذا» بغير واوٍ فأحَدَ عَشَرَ، وإنْ ثَلَّثَ بالواو فَمائةٌ وأحَدٌ وعِشرون، وإنْ ربَّعَ يُزاد عليها ألفٌ، وإنْ قال: «له علَيَّ أو قِبَلِي» فقَدْ أقرَّ بالدَّينِ، ولو قال المُقِرُّ: «هو وَديعةٌ» وَوَصَلَ صُدِّقَ،

وله: أنَّ العشرَةَ أقصى ما ينتهي إليه اسمُ الجَمْعِ، يقال: «عشرَةُ دراهم»، ثمَّ يقال: «أحدَ عشَرَ دِرهماً»، فيكونُ هو الأكثَرَ من حيث اللَّفظ، فينصرِفُ إليه.

(ولو قال: «دراهمٌ» فهي ثلاثةٌ)؛ لأنَّها أقَلُّ الجَمعِ الصَّحيحِ، (إلَّا أنْ يُبيِّنَ أكثَرَ منها)؛ لأنَّ اللَّفظَ يحتمِلُهُ، وينصرِفُ إلى الوَزنِ المُعتادِ.

(ولو قال: «كذا كذا درهماً» لم يُصدَّقْ في أقَلَّ من أحَدَ عشَرَ دِرهماً)؛ لأنَّه ذَكَرَ عدَدَينِ مُبهمَينِ ليس بينهما حرفُ العَطفِ، وأقَلُّ ذلك من المُفسَّرِ أحَدَ عشَرَ.

(ولو قال: «كذا وكذا درهماً» لم يُصدَّقْ في أقَلَّ من أحَدَ وعِشرينَ)؛ لأنَّه ذَكَرَ عدَدَينِ مُبهمَينِ بينهما حرفُ العَطفِ، وأقَلُّ ذلك من المُفسَّر أحدٌ وعشرون، فَيُحمَلُ كلُّ وجهٍ على نظيره.

(ولو قال: «كذا دِرهماً» فهو دِرهمٌ)؛ لأنه تفسيرٌ للمُبهَم.

(ولو ثَلَّثَ «كذا» بغير واوٍ فَأحَدَ عَشَرَ)؛ لأنَّه لا نظيرَ له سِواهُ، (وإنْ ثَلَّثَ بالواو فَمائةٌ وأحَدٌ وعِشرون، وإنْ ربَّعَ يُزاد عليها ألفٌ)؛ لأنَّ ذلك نظيرُهُ.

قال: (وإنْ قال: «له علَيَّ أو قِبَلِي» فقَدْ أقرَّ بالدَّينِ)؛ لأنَّ «عليَّ» صيغةُ إيجابٍ، و«قِبَلِي» يُنبئُ عن الضَّمانِ على ما مرَّ في الكفالة[1].

(ولو قال المُقِرُّ: «هو وَديعةٌ» وَوَصَلَ صُدِّقَ)؛ لأنَّ اللَّفظَ يَحتمِلُهُ مَجازاً، حيثُ يكونُ المَضمونُ عليه حِفظَهُ، والمالُ مَحلُّهُ، فَيُصدَّقُ موصولاً لا مَفْصولاً.

---

(١) من أنَّه تَنعقِدُ الكفالة بقوله: «أنا قَبِيلٌ» لأنَّ القَبِيلَ هو الكفيل. انظر ص (٢١٢-٢١٣).

ولو قال: «عندي، أو معي، أو في بيتي، أو في كِيسي، أو في صُندُوقي» فهو إقرارٌ بأمانةٍ في يدِهِ. ولو قال له رجلٌ: «لي عليكَ ألفٌ» فقال: «اِتَّزِنْها» أو «انتَقِدْها» أو «أَجِّلني بها» أو «قد قَضَيتُكَها» فهو إقرارٌ. ومَنْ أقرَّ بِدَينٍ مُؤجَّلٍ فصَدَّقَهُ المُقَرُّ له في الدَّينِ وكَذَّبَهُ في التَّأجيلِ، لَزِمَهُ الدَّينُ حالاً، ....

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: وفي بَعضِ نُسَخِ المُختصَرِ في قوله: «قِبَلي إنَّه إقرارٌ بالأمانةِ؛ لأنَّ اللَّفظَ يَنتظِمُهما حتَّى صار قوله: «لا حقَّ لي قِبَلَ فلانٍ» إبراءً عن الدَّينِ والأمانةِ جميعاً، والأمانةُ أقلُّهما، والأوَّلُ أصحُّ.

(ولو قال: «عندي، أو معي، أو في بيتي، أو في كِيسي، أو في صُندُوقي» فهو إقرارٌ بأمانةٍ في يدِهِ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك إقرارٌ بكونِ الشَّيءِ في يدِهِ، وذلك يتنوَّعُ إلى مَضمونٍ وأمانةٍ، فَيَثبُتُ أقلُّهما، وهو الأمانةُ.

(ولو قال له رجلٌ: «لي عليكَ ألفٌ» فقال: «اِتَّزِنْها» أو «انتَقِدْها» أو «أَجِّلني بها» أو «قد قَضَيتُكَها» فهو إقرارٌ)؛ لأنَّ الهاءَ في الأوَّل والثَّاني كنايةٌ عن المذكورِ في الدَّعوى، فكأنَّه قال: «اتَّزِنِ الألفَ التي لك علَيَّ»، حتَّى لو لم يَذكُرْ حرفَ الكنايةِ، لا يكونُ إقراراً لعَدَمِ انصرافِهِ إلى المذكور. والتَّأجيلُ إنَّما يكونُ في حقٍّ واجبٍ، والقضاءُ يتلو الوجوبَ.

ودعوى الإبراءِ كالقضاء[1] لما بيَّنا[2]، وكذا دعوى الصَّدقةِ والهبةِ؛ لأنَّ التَّمليكَ يَقتضي سابِقَةَ الوُجوبِ، وكذا لو قال: «أحلتُكَ بها على فلانٍ»؛ لأنَّه تحويلُ الدَّين.

قال: (ومَنْ أقرَّ بِدَينٍ مُؤجَّلٍ فصَدَّقَهُ المُقَرُّ له في الدَّينِ وكَذَّبَهُ في التَّأجيلِ، لَزِمَهُ الدَّينُ حالاً)؛ لأنَّه أقرَّ على نفسِهِ بمالٍ وادَّعى حقّاً لنفسِهِ فيه، فصارَ كما إذا أقرَّ بِعَبدٍ

---

(١) أي: بأن قال: «أبرأتني منها» حكمُها كحُكمِ دعوى القضاء.

(٢) أشار به إلى قوله: «والقضاءُ يتلو الوجوبَ»، يعني: أنَّ الإبراءَ أيضاً يتلو الوجوبَ؛ لأنَّ الإبراءَ إسقاطٌ، وهذا إنَّما يكون في مالٍ واجبٍ عليه، كذا في الكافي. انظر تتمته في الفتح.

ويُستَحْلَفُ المُقَرُّ له على الأجلِ. وإنْ قال: «له علَيَّ مائةٌ ودِرهمٌ» لَزِمَهُ كُلُّها دراهم. ولو قال: «مائةٌ وثَوبٌ» لَزِمَهُ ثوبٌ واحدٌ، والمَرجِعُ في تفسيرِ المائةِ إليه، ....

في يدِهِ وادَّعى الإجارةَ[1]، بخلاف الإقرارِ بالدَّراهمِ السُّودِ؛ لأنَّه صفةٌ فيه[2]، وقد مرَّتِ المسألة في الكفالة[3].

قال: (ويُستَحْلَفُ المُقَرُّ له على الأجلِ)؛ لأنَّهُ مُنكِرٌ حقّاً عليه، واليمينُ على المُنكِرِ.

(وإنْ قال: «له علَيَّ مائةٌ ودِرهمٌ» لَزِمَهُ كُلُّها دراهم. ولو قال: «مائةٌ وثَوبٌ» لَزِمَهُ ثوبٌ واحدٌ، والمَرجِعُ في تفسيرِ المائةِ إليه)، وهو القياسُ في الأوَّل، وبه قال الشَّافعيُّ[4]؛ لأنَّ المائةَ مُبهمَةٌ والدِّرهمَ معطوفٌ عليها بالواوِ العاطفةِ[5]، لا تفسيرٌ لها، فَبَقيتِ المائةُ على إبهامِها، كما في الفصل الثَّاني.

وجهُ الاستحسان، وهو الفَرقُ: أنَّهم استَثْقَلُوا تَكرارَ الدِّرهمِ في كلِّ عددٍ، واكتَفَوا بذكرِهِ عقيبَ العددين[6]، وهذا فيما يَكثُرُ استعمالُهُ، وذلك عندَ كَثرةِ

---

(١) أي: ادَّعى أنَّه استأجَرَ هذا العبدَ من صاحبه، فصَدَّقَه المُقَرُّ له في المِلْك دونَ الإجارة، فإنَّه لا يُصدَّقُ هناك في دعوى الإجارة، فكذا لا يصدَّقُ هاهنا في دعوى الأجل.

(٢) أي: بخلاف ما لو أقرَّ بالدَّراهمِ السُّودِ فصدَّقَه المُقَرُّ له بالدَّراهمِ دونَ وَصفِ السَّوادِ، حيثُ يلزمُهُ الدَّراهمُ السُّودُ دونَ البيض؛ لأنَّ السَّواد صفةٌ في الدَّراهم، أو فيما أقرَّ به، فيلزَمُهُ ما أقرَّ به على الصِّفةِ التي أقرَّ بها، وأمَّا الأجلُ فليس بصفةٍ في الدُّيونِ الواجبةِ بغير عقدِ الكفالةِ، كالقُروضِ وثَمَنِ البِياعاتِ والمَهرِ وقِيَم المُتلفَات، بل الأجلُ فيها أمرٌ عارضٌ، ولهذا لا يَثبُتُ بلا شرط. فتح.

(٣) انظر فصل الضمان من كتاب الكفالة، قول المؤلف: «وجهُ الفرقِ أنَّ المُقِرَّ أقرَّ بالدَّين ثمَّ ادعى ...» انظر ص (٢٣٧).

(٤) قال النووي في الروضة (٤/ ٣٢) الكتب العلمية: قال: «له عليَّ ألفٌ ودرهم» أو «ودراهم» أو «ألفٌ وثوبٌ» أو «ألفٌ وعبدٌ»، فله تفسيرُهُ بغير جنسِ ما عطف عليه. اهـ.

(٥) والعطفُ يقتضي المغايرةَ بينَ المَعطوفِ والمعطوفِ عليه.

(٦) ألا يُرى أنَّهم يقولون: «أحدٌ وعشرون درهماً» فيكتفون بذكر الدِّرهمِ مرَّةً، ويجعلون ذلك تفسيراً للكلِّ. بناية.

وكذا إذا قال: «مائةٌ وثَوبانِ»، بِخلافِ ما إذا قال: «مائةٌ وثلاثَةُ أثوابٍ»، ومَنْ أَقَرَّ بِتَمرٍ في قَوْصَرَةٍ، لَزِمَهُ التَّمرُ والقَوْصَرَةُ. ومَنْ أقَرَّ بِدابَّةٍ في إصطَبْلٍ، لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خاصَّةً. ....

الوجوبِ بكثرةِ أسبابِهِ، وذلك في الدَّراهمِ والدَّنانيرِ والمَكيلِ والمَوزُونِ، أمَّا الثِّيابُ وما لا يُكالُ ولا يُوزَنُ، فلا يَكثُرُ وُجوبُها، فبقي على الحقيقة[1].

(وكذا[2] إذا قال: «مائةٌ وثَوبانِ») لِما بيَّنَّا[3] (بِخلافِ ما إذا قال: «مائةٌ وثلاثَةُ أثوابٍ»)؛ لأنَّه ذكَر عددينِ مُبهمَينِ وأعقَبَهما تفسيراً، إذِ الأثوابُ لم تُذكَرْ بحرفِ العَطفِ، فانصَرَفَ إليهما[4]؛ لاستوائهما في الحاجةِ إلى التَّفسيرِ، فكانت كلُّها ثياباً.

قال: (ومَنْ أقَرَّ بِتمرٍ في قَوْصَرَةٍ[5]، لَزِمَهُ التَّمرُ والقَوْصَرَةُ)، وفسَّرَهُ في الأصل بقوله[6]: «غَصَبتُ تمراً في قَوصَرَة».

ووجهُهُ: أنَّ القَوصَرَةَ وعاءٌ له وظَرفٌ له، وغَصبُ الشَّيءِ وهو مَظروفٌ لا يتحقَّقُ بدونِ الظَّرفِ، فَيلزَمانِهِ، وكذا الطَّعامُ في السَّفينةِ والحِنطَةِ في الجُوالِق، بخلاف ما إذا قال: «غصبتُ تمراً مِن قَوصَرَةٍ»؛ لأنَّ كلمةَ «من» للانتزاع، فيكونُ الإقرارُ بِغَصبِ المَنزوعِ.

قال: (ومَنْ أقَرَّ بِدابَّةٍ في إصطَبْلٍ، لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خاصَّةً)؛ لأنَّ الإصطبلَ غيرُ

---

(١) أي: على الأصل، وهو أن يكونَ بيانُ المُجمَلِ إلى المُجمِل، لا إلى المعطوفِ؛ لعدمِ صلاحيَّةِ العطفِ للتَّفسير إلَّا عندَ الضَّرورةِ، وقد انعدمت هاهنا. فتح.

(٢) أي: يُرجعُ في بيان المائة إلى المُقِرِّ في البيان.

(٣) أي: مِن أنَّ الثِّيابَ وما لا يُكالُ ولا يُوزَنُ لا يَكثُرُ وجوبها.

(٤) أي: فانصرف التَّفسيرُ المذكورُ إلى العددين جميعاً.

(٥) «القوصرة» بتخفيف الرَّاء وتشديدها، وعاءُ التَّمر، يُتَّخذُ من قَصَب، وقولُهم: «إنَّما تُسمَّى بذلك ما دام فيها التَّمرُ، وإلَّا فهي زِنْبيلٌ»، مبنيٌّ على عُرفِهم، كذا في المُغرب.

(٦) أي: بقول المُقِرِّ.

وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيرِهِ بِخاتَمٍ لَزِمَهُ الحَلَقَةُ والفَصُّ، وَمَنْ أَقَرَّ لَهُ بِسَيفٍ فَلَهُ النَّصلُ والجَفْنُ والحَمائِلُ بِحَجَلَةٍ فلَهُ العِيدانِ والكِسوَةُ. وإنْ قال: «غَصَبتُ ثوباً في مِنديلٍ» لَزِماهُ جميعاً، وكذا لو قال: «عَلَيَّ ثَوبٌ في ثَوبٍ»، وإن قال: «ثَوبٌ في عَشَرةِ أثوابٍ» لم يَلزَمْهُ إلَّا ثَوبٌ واحدٌ عند أبي يوسف، وقال محمد: لَزِمَه أحَدَ عشَرَ ثوباً.

مَضمونٍ بالغَصبِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قياسِ قولِ محمَّدٍ يَضمَنُهُما، ومِثلُهُ الطَّعام في البيت[1].

قال: (وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيرِهِ بِخاتَمٍ لَزِمَهُ الحَلَقَةُ والفَصُّ)؛ لأنَّ اسمَ الخاتَمِ يَشمَلُ الكُلَّ. (وَمَنْ أَقَرَّ لَهُ بِسَيفٍ فَلَهُ النَّصلُ والجَفْنُ والحَمائِلُ)؛ لأنَّ الاسمَ يَنطوِي على الكلِّ. (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ[2] فلَهُ العِيدانِ والكِسوَةُ)؛ لانطلاقِ الاسمِ على الكُلِّ عُرْفاً.

(وإنْ قال: «غَصَبتُ ثوباً في مِنديلٍ» لَزِماهُ جميعاً)؛ لأنَّه ظَرفٌ؛ لأنَّ الثَّوبَ يُلَفُّ فيه. (وكذا لو قال: «عَلَيَّ ثَوبٌ في ثَوبٍ»)؛ لأنَّه ظرفٌ[3]. بخلاف قولِهِ: «دِرهمٌ في درهمٍ» حيثُ يَلزَمُهُ واحدٌ؛ لأنَّه ضربٌ لا ظَرفٌ.

(وإن قال: «ثَوبٌ في عَشَرةِ أثوابٍ» لم يَلزَمْهُ إلَّا ثَوبٌ واحدٌ عند أبي يوسف. وقال محمد: لَزِمَه أحَدَ عشَرَ ثوباً)؛ لأنَّ النَّفيسَ من الثِّيابِ قد يُلَفُّ في عشَرَةِ أثوابٍ، فأمكَنَ حملُهُ على الظَّرفِ.

ولأبي يوسف: أنَّ حرف «في» يُستعمَلُ في البَينِ والوَسَطِ أيضاً، قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أي: بينَ عبادي، ....

---

(١) أي: ومثلُ الإقرار بالدَّابَّة في الإصطبل، قوله: «غصبتُ الطَّعامَ في البيت»، فلا يلزم إلَّا الطَّعامُ عندهما، وعند محمد يلزمانه. بناية.

(٢) «الحَجَلَة» بفتحتين، واحدة حِجال العروس، وهي بيتٌ يُزَيَّن بالثِّياب والأسِرَّة والسُّتُور، كذا في الصَّحاح.

(٣) فيلزمُهُ الثَّوبان جميعاً.

ولو قال: «لِفُلانٍ عليَّ خَمسةٌ في خَمسةٍ» يُريدُ الضَّربَ والحِسابَ، لَزِمَهُ خَمسَةٌ، ولو قال: «أردتُ خمسةً مع خَمسةٍ» لَزِمَهُ عَشَرَةٌ، ولو قال: «لَهُ عليَّ من دِرهَمٍ إلى عشَرَةٍ»، أو قال: «ما بينَ دِرهَمٍ إلى عشَرَةٍ»، لَزِمَهُ تِسعةٌ عند أبي حنيفة، فَيَلزمُهُ الابتداءُ وما بعدَهُ وتسقُطُ الغايةُ، وقالا: يَلزمُهُ العشَرَةُ كلُّها، ولو قال: «لَهُ مِنْ داري ما بَيْنَ هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ» فلَهُ ما بينهما، وليس لَهُ مِنَ الحائِطَينِ شيءٌ.

فوَقَعَ الشَّكُّ[1]، والأصلُ براءةُ الذِّمَمِ، على أنَّ كلَّ ثوبٍ مُوعىً وليس بِوِعاءٍ[2]، فتعذَّرَ حملُهُ على الظَّرفِ، فتعيَّنَ الأوَّلُ مَحمَلاً.

(ولو قال: «لِفُلانٍ عليَّ خَمسةٌ في خَمسةٍ» يُريدُ الضَّربَ والحِسابَ، لَزِمَهُ خَمسَةٌ)؛ لأنَّ الضَّربَ لا يُكثِرُ المالَ. وقال الحسَنُ: يلزمُهُ خمسةٌ وعشرون، وقد ذكرناه في الطَّلاق، (ولو قال: «أردتُ خمسةً مع خَمسةٍ» لَزِمَهُ عَشَرَةٌ)؛ لأنَّ اللَّفظ يَحتمِلُه.

(ولو قال: «لَهُ عليَّ من دِرهَمٍ إلى عشَرَةٍ»، أو قال: «ما بينَ دِرهَمٍ إلى عشَرَةٍ»، لَزِمَهُ تِسعةٌ عند أبي حنيفة، فَيَلزمُهُ الابتداءُ وما بعدَهُ وتسقُطُ الغايةُ. وقالا: يَلزمُهُ العشَرَةُ كلُّها)، فتدخلُ الغايتان. وقال زفر: يلزمُهُ ثمانيةٌ ولا تدخلُ الغايتان.

(ولو قال: «لَهُ مِنْ داري ما بَيْنَ هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ» فلَهُ ما بينهما، وليس لَهُ مِنَ الحائِطَينِ شيءٌ)، وقد مرَّتِ الدَّلائلُ في الطَّلاق.

---

(1) في أنَّ المراد بحرف «في» هاهنا معنى الظَّرف، أو معنى البَيْن، وبالشَّكِّ لا يثبتُ ما زاد على الواحد.

(2) يعني: أنَّ مجموعَ العشَرَةِ ليس بوعاءٍ للواحد، بل كلُّ واحدٍ منها مُوعَىً بما حَواه، فإنَّه إذا لَفَّ ثوباً في أثواب، يكونُ كلُّ ثوبٍ مُوعَىً في حقِّ ما وراءه، ولا يكونُ وعاءً إلَّا الثَّوبُ الذي هو ظاهرٌ، فإنَّه وعاءٌ وليس بِمُوعىً، فلفظةُ «كل» هاهنا لمجرَّدِ التَّكثيرِ لا للاستغراق، كما قالوا في نظائرها، فإذا تحقَّق عدمُ كونِ العشرةِ وِعاءً للثَّوبِ الواحدِ لم يُمكِن حملُ كلمة «في» على الظَّرف في قوله: «ثوبٌ في عشرة أثواب»، فتعيَّنَ المعنى الأوَّل الذي هو البَينُ مَحمَلاً بكلمة «في». فتح.

فصل

ومَنْ قال: «لِحَملِ فُلانَةٍ علَيَّ ألفُ دِرهَم»، فإنْ قال: «أوصى له فُلانٌ» أو «مات أبوه فَوَرِثَهُ»، فَالإقرارُ صَحيح، ولو جاءتْ بِوَلَدَينِ حَيَّيْنِ فَالمالُ بينهما. ولو قال المُقِرُّ: «باعَنِي» أو «أقرَضَنِي» لم يَلزَمْهُ شَيءٌ، وإنْ أبهَمَ الإقرارَ لم يَصِحَّ عند أبي يوسف، وقال محمد: يَصِحُّ. ....

(فصل)

(ومَنْ قال: «لِحَملِ فُلانَةٍ علَيَّ ألفُ دِرهَم»، فإنْ قال: «أوصى له فُلانٌ» أو «مات أبوه فَوَرِثَهُ» فَالإقرارُ صَحيحٌ)؛ لأنَّه أقرَّ بسببٍ صالحٍ لِثُبوتِ المِلكِ له، (ثمَّ إذا جاءتْ بهِ حَيّاً في مُدَّةٍ يُعلَمُ أنَّهُ كانَ قائماً وقتَ الإقرارِ لَزِمَهُ، فإنْ جاءتْ بِهِ مَيْتاً فالمالُ لِلمُوصِي والمُوَرِّثِ، حتَّى يُقسَمُ بينَ وَرَثتِهِ)؛ لأنَّه إقرارٌ في الحقيقةِ لهما، وإنَّما يَنتقِلُ إلى الجنين بعد الولادةِ، ولم يَنتقِلْ. (ولو جاءتْ بِوَلَدَينِ حَيَّيْنِ فَالمالُ بينهما).

(ولو قال المُقِرُّ: «باعَنِي» أو «أقرَضَنِي»[1] لم يَلزَمْهُ شَيءٌ)؛ لأنَّه بيَّنَ مستحيلاً.

قال: (وإنْ أبهَمَ الإقرارَ[2] لم يَصِحَّ عند أبي يوسف، وقال محمد: يَصِحُّ)؛ لأنَّ الإقرارَ من الحُجَجِ، فيجبُ إعمالُهُ، وقد أمكَنَ بالحَمْلِ على السَّببِ الصَّالحِ[3].

ولأبي يوسف: أنَّ الإقرارَ مُطلَقُه يَنصرِفُ إلى الإقرارِ بسببِ التِّجارةِ، ولهذا حُمِلَ إقرارُ العبدِ المأذونِ له وأحدِ المُتفاوِضِينِ عليه[4]، ....

---

(١) أي: باعني الحَمْلُ أو أقرَضَني.

(٢) أي: لم يعيِّن سببَه. بناية.

(٣) وهو الميراثُ أو الوصيَّةُ، تحرِّيّاً للجواز وتصحيحاً لكلام العاقل.

(٤) أي: على الإقرارِ بسببِ التِّجارةِ، ولم يُحمَل على الإقرارِ بغيرِ سببِ التِّجارةِ كدَينِ المهرِ وأرشِ الجِنايةِ، حتَّى يُؤاخَذُ به العبدُ المأذونُ في حالِ رِقِّهِ والشَّريكُ الآخَرُ في الحال، وفي الإقرار بدَينِ =

ومَنْ أقَرَّ بِحَملِ جاريةٍ، أو حَملِ شاةٍ لِرَجلٍ، صَحَّ إقرارُهُ ولَزِمَهُ. ومَنْ أقَرَّ بِشَرطِ الخيارِ بَطَلَ الشَّرطُ ولَزِمَهُ المالُ.

فَيصيرُ[1] كما إذا صرَّحَ به.

قال: (ومَنْ أقَرَّ بِحَملِ جاريةٍ، أو حَملِ شاةٍ لِرَجلٍ، صَحَّ إقرارُهُ ولَزِمَهُ)؛ لأنَّ له وَجْهاً صحيحاً، وهو الوصيَّةُ به من جهةِ غيرِهِ، فَحُمِلَ عليه.

قال: (ومَنْ أقَرَّ بِشَرطِ الخيارِ بَطَلَ الشَّرطُ[2])؛ لأنَّ الخيارَ لِلفَسخِ، والإخبارُ لا يَحتمِلُه، (ولَزِمَهُ المالُ)؛ لِوُجودِ الصِّيغةِ المُلزِمةِ، ولم تَنعدِم بهذا الشَّرطِ الباطلِ، والله أعلم.

= المَهرِ وأرشِ الجِنايةِ لا يُؤاخَذُ العبدُ المأذونُ في حالِ رقِّهِ ولا الشَّريكُ الآخَرُ أبداً. فتح عن المبسوط.

(١) أي: فَيَصيرُ المُقِرُّ فيما إذا أبهَمَ بِدِلالةِ العُرفِ ...

(٢) يعني: مَن أقرَّ لرجلٍ بشَيءٍ على أنَّه بالخيار في إقرارِهِ ثلاثةَ أيَّامٍ، صحَّ الإقرارُ وبطَلَ الشَّرط. فتح.

باب الاستثناء وما في معناه

ومَنِ استَثْنَى مُتَّصِلاً بإقرارِهِ صَحَّ الاستِثناءُ ولَزِمَهُ الباقي، وسَواءٌ استَثْنَى الأقَلَّ أو الأكثَرَ، فإنِ استَثْنَى الجَمِيعَ لَزِمَهُ الإقرارُ وبَطَلَ الاستَثناءُ، ولو قال: «لَهُ علَيَّ مائةُ درهمٍ إلَّا ديناراً» أو «إلَّا قَفيزَ حِنطَةٍ» لَزِمَهُ مائةُ درهم إلَّا قيمةَ الدِّينارِ أو القَفيزِ، ولو قال: «لَهُ علَيَّ مائةُ دِرهَمٍ إلَّا ثَوباً» لم يَصِحَّ الاستثناءُ، وقال محمد: لا يَصِحُّ فيهما. ....

(باب الاستثناء وما في معناه)

قال: (ومَنِ استَثْنَى مُتَّصِلاً بإقرارِهِ صَحَّ الاستِثناءُ ولَزِمَهُ الباقي)؛ لأنَّ الاستثناءَ مع الجملةِ عبارةٌ عن الباقي، ولكن لا بدَّ من الاتِّصال.

(وسَواءٌ استَثْنَى الأقلَّ أو الأكثَرَ، فإنِ استَثْنَى الجَمِيعَ لَزِمَهُ الإقرارُ وبَطَلَ الاستَثناءُ)؛ لأنَّه تكلَّمَ بالحاصِلِ بعدَ الثُّنيا، ولا حاصِلَ بعدَهُ، فيكونُ رُجوعاً، وقد مَرَّ الوجهُ في الطَّلاق[1].

(ولو قال: «لَهُ علَيَّ مائةُ درهمٍ إلَّا ديناراً» أو «إلَّا قَفيزَ حِنطَةٍ» لَزِمَهُ مائةُ درهمٍ إلَّا قيمةَ الدِّينارِ أو القَفيزِ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(ولو قال: «لَهُ علَيَّ مائةُ دِرهَمٍ إلَّا ثَوباً» لم يَصِحَّ الاستثناءُ، وقال محمد: لا يَصِحُّ فيهما)، وقال الشَّافعيُّ: يصحُّ فيهما[2].

---

(١) انظر كتاب الطلاق، فصل الاستثناء، (٢/ ١٧٥).

(٢) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (١/ ٣٨٨) الكتب العلمية: (وصَحَّ) الاستثناءُ (من غيرِ جنسه)، أي: المستثنى منه. ويسمَّى استثناءً منقطعاً (كألفِ درهمٍ إلَّا ثوباً إنْ بيَّنَ بثوبٍ قيمتُهُ دونَ ألفٍ)، فإن بيَّن بثوبٍ قيمتُهُ ألفٌ فالبيان لغوٌ، ويبطُلُ الاستثناءُ لأنَّه بيَّن ما أراده به فكأنَّه تلفَّظ به. اهـ.

وانظر روضة الطالبين (٤/ ٥٥) الكتب العلمية.

وَمَنْ أَقَرَّ بحَقٍّ وقال: «إنْ شاءَ اللهُ» مُتَّصلاً لَمْ يَلزَمْهُ الإقرارُ. ....

ولمحمَّد: أنَّ الاستثناءَ ما لولاه لدخَلَ تحتَ اللَّفظِ، وهذا لا يتحقَّقُ في خلافِ الجنسِ.

وللشَّافعيِّ: أنَّهما اتَّحدا جِنساً من حيث الماليَّةَ.

ولهما: أنَّ المُجانسةَ في الأوَّل ثابتةٌ من حيثُ الثَّمنيَّةُ، وهذا في الدِّينار ظاهرٌ. والمكيلُ والمَوزونُ أوصافُها أثمانٌ[1]؛ أمَّا الثَّوبُ فليس بثَمَنٍ أصلاً، ولهذا لا يجبُ بمُطلَقِ عقدِ المُعاوضةِ، وما يكونُ ثمناً صلَحَ مُقدِّراً[2] لِلدَّراهم، فصار مُستثنىً من الدَّراهم، وما لا يكون ثمناً لا يَصلُحُ مُقدِّراً، فبقي المستثنى من الدَّراهم مَجهولاً، فلا يصحُّ.

قال: (وَمَنْ أَقَرَّ بحَقٍّ وقال: «إنْ شاءَ اللهُ» مُتَّصلاً) بإقرارِهِ (لَمْ يَلزَمْهُ الإقرارُ)؛ لأنَّ الاستثناءَ بِمَشيئةِ اللهِ إمَّا إبطالٌ أو تَعليقٌ، فإنْ كان الأوَّلَ فقد بَطَلَ، وإن كان الثاني فكذلك، إمَّا لأنَّ الإقرارَ لا يَحتمِلُ التَّعليقَ بالشَّرطِ[3]، أو لأنَّه[4] شَرْطٌ لا يُوقَفُ عليه[5]، كما ذكرنا في الطَّلاق[6].

بخلافِ ما إذا قال: «لفلانٍ علَيَّ مائةُ درهم إذا مِتُّ» أو «إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ» أو «إذا أفطرَ النَّاسُ»؛ لأنَّه في معنى بيانِ المُدَّةِ فيكونُ تأجيلاً لا تعليقاً، حتَّى لو كذَّبه المُقَرُّ له في الأجلِ يكونُ المالُ حالاً.

---

(١) يعني: وثُبوتُ المُجانسةِ من حيثُ الثَّمنيَّةُ في صورةِ استثناءِ قفيزِ حنطةٍ في الوجهِ الأوَّلِ، فلأنَّ المكيلَ والموزونَ أوصافُها أثمانٌ. فتح.

(٢) بكسر الدَّال، بصيغة اسم الفاعل. اهـ بناية.

(٣) أي: لأنَّ الإقرارَ إخبارٌ عمَّا سبَقَ، والتَّعليقُ إنَّما يكون بالنِّسبة إلى المستقبل، وبينهما منافاة. بناية.

(٤) أي: التَّعليق.

(٥) والتَّعليقُ بمثله يكون إعداماً من الأصل، فيصير بمنزلة الإبطالِ. بناية.

(٦) أي: في فصل الاستثناء، انظر (٢/ ١٧٤).

وَمَنْ أَقَرَّ بدارٍ واستَثْنَى بِناءَها لِنَفسِهِ، فَلِلمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ والبِناءُ. ولو قال: «بناءُ هذا الدَّار لي، والعَرَصَةُ لِفُلانٍ» فهو كما قال. ولو قال: «له علَيَّ ألفُ دِرهَمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبدٍ اشتريتُهُ منه ولم أقبِضْهُ»، فإنْ ذكَرَ عبداً بِعَينِهِ قيل للمُقَرِّ له: إن شِئتَ فسَلِّمِ العبدَ وخُذِ الألفَ، وإلَّا فلا شيءَ لك، ....

قال: (وَمَنْ أَقَرَّ بدارٍ واستَثْنَى بِناءَها لِنَفسِهِ، فَلِلمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ والبِناءُ)؛ لأنَّ البِناءَ داخلٌ في هذا الإقرار معنىً[١] لا لفظاً[٢]، والاستثناءُ تَصرُّفٌ في الملفوظ[٣]. والفَصُّ في الخاتَمِ، والنَّخلةُ في البستانِ نظيرُ البناءِ في الدَّارِ؛ لأنَّه يدخُلُ فيه تَبَعاً لا لفظاً، بخلاف ما إذا قال: «إلَّا ثُلُثَها» أو «إلَّا بيتاً منها» لأنَّه داخلٌ فيه لفظاً[٤].

(ولو قال: «بناءُ هذا الدَّار لي، والعَرَصَةُ لِفُلانٍ» فهو كما قال)، لأنَّ العَرَصةَ عبارةٌ عن البُقعةِ دونَ البناءِ، فكأنَّه قال: «بياضُ هذه الأرضِ دونَ البناءِ لِفُلان»، بخلاف ما إذا قال مكانَ العَرَصةِ أرضاً[٥]، حيث يكون البناءُ للمقَرِّ له؛ لأنَّ الإقرارَ بالأرضِ إقرارٌ بالبناء، كالإقرار بالدَّار.

(ولو قال: «له علَيَّ ألفُ دِرهَمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبدٍ اشتريتُهُ منه ولم أقبِضْهُ»، فإنْ ذكَرَ عبداً بِعَينِهِ قيل للمُقَرِّ له: إن شِئتَ فسَلِّمِ العبدَ وخُذِ الألفَ، وإلَّا فلا شيءَ لك)، قال: وهذا على وجوهٍ:

أحدها: هذا، وهو أنْ يُصدِّقَه ويُسلِّمَ العبدَ، وجوابُهُ ما ذُكِر[٦]؛ لأنَّ الثَّابتَ بِتَصادُقِهما كالثَّابت مُعاينةً.

---

(١) أي: تَبعاً.

(٢) أي: لا مقصوداً باللَّفظ؛ لأنَّ البناءَ وصفٌ في الدَّارِ، والوصفُ يدخلُ تَبَعاً لا قصداً. فتح.

(٣) يَجعَلُ الملفوظَ عبارةً عمَّا وراءَ المُستثنى، فما لا يتناولُهُ اسمُ الدَّارِ لا يتحقَّقُ فيه عمَلُ الاستثناء. بناية.

(٤) أي: لأنَّ كلَّ واحدٍ من الثُّلثِ والبيتِ داخلٌ في الصَّدر الذي هو الدَّار، لفظاً ومقصوداً، حتَّى لو استُحِقَّ البيتُ في بيعِ الدَّارِ سقَطَ حصَّتُه من الثَّمن. بناية.

(٥) أي: بخلاف ما إذا قال: «بناءُ هذه الدَّار لي والأرضُ لفلان».

(٦) وهو أن يقال للمقَرِّ له: «إن شئتَ فسلِّمِ العبدَ وخذ الألفَ، وإلَّا فلا شيءَ لك».

وإنْ قال: «مِنْ ثَمَنِ عبدٍ اشتريتُهُ» ولم يُعيِّنْهُ، لَزِمَه الألفُ، ولا يُصدَّقُ في قوله: «ما قبضتُّ» عند أبي حنيفة وَصَلَ أم فصَلَ، ....

والثَّاني: أن يقولَ المُقَرُّ له: «العبدُ عبدُكَ ما بِعتُكَهُ، وإنَّما بِعتُكَ عبداً غيرَ هذا» وفيه المالُ لازِمٌ على المُقِرِّ لإقرارِهِ به عندَ سلامةِ العبدِ له، وقد سَلِمَ فلا يُبالَى باختلافِ السَّببِ بعدَ حُصولِ المقصود.

والثَّالث: أن يقولَ: «العبدُ عبدي ما بِعتُكَ»، وحكمُهُ أن لا يَلزَمَ المُقِرَّ شيءٌ؛ لأنَّه ما أقَرَّ بالمالِ إلَّا عِوَضاً عن العبدِ، فلا يلزَمُهُ دونَهُ، ولو قال مع ذلك: «إنَّما بِعتُكَ غيرَهُ» يَتحالفانِ؛ لأنَّ المُقِرَّ يدَّعي تسليمَ مَن عيَّنَه، والآخَرَ يُنكِرُ، والمُقَرَّ له يدَّعي عليه الألفَ بِبَيعِ غيرِهِ والآخَرَ يُنكِرُه، وإذا تَحالَفا بطَلَ المالُ[1]، هذا إذا ذكر عبداً بعينِهِ.

(وإنْ قال: «مِنْ ثَمَنِ عبدٍ اشتريتُهُ»[2] ولم يُعيِّنْهُ[3]، لَزِمَه الألفُ، ولا يُصدَّقُ في قوله: «ما قبضتُّ» عند أبي حنيفة وَصَلَ أم فصَلَ)؛ لأنَّه رجوعٌ، فإنَّه أقرَّ بوجوبِ المال رُجوعاً إلى كلمةِ «علَيَّ»، وإنكارُهُ القبضَ في غيرِ المُعيَّنِ يُنافي الوجوبَ أصلاً؛ لأنَّ الجهالةَ مُقارِنةً كانت[4] أو طارئةً بأن اشترى عبداً ثمَّ نَسِياه عندَ الاختلاطِ بأمثالِهِ، تُوجِبُ هلاكَ المَبيعِ، فيمتنعُ وُجوبُ نَقدِ الثَّمنِ[5]، وإذا كان كذلك[6] كان رجوعاً، فلا يصحُّ وإن كان موصولاً[7].

---

(١) أي: بطل المالُ عن المُقِرِّ، والعبدُ سالمٌ لِمَن في يده. بناية.

(٢) يعني: إن قال: «له عليَّ ألفُ درهم مِنْ ثَمَنِ عبدٍ اشتريتُه».

(٣) أي: لم يُعيِّن المُقِرُّ العبدَ المشترى.

(٤) كالجهالة حالةَ العقدِ.

(٥) لأنَّ نَقْدَ الثَّمنِ لا يجبُ إلَّا بإحضارِ المَبيعِ، وقد امتَنَعَ إحضارُهُ بالجَهالةِ، فامتَنَعَ وجوبُ نَقدِ الثَّمنِ أيضاً. فتح.

(٦) أي: وإذا كان أوَّلُ كلامِهِ إقراراً بوجوبِ الثَّمَن، وآخِرُه يُوجِبُ سُقوطَهُ، كان ذلك رجوعاً.

(٧) لأنَّ الرُّجوعَ عن الإقرار باطلٌ مفصولاً كان أو موصولاً. فتح.

ولو قال: «اِبتَعْتُ منه عَيناً، إلَّا أنِّي لم أقبِضْهُ» فالقَولُ قَولُهُ، وكذا لو قال: «مِنْ ثَمَنِ خَمرٍ أو خِنْزيرٍ» لَزِمَهُ الألفُ، ولم يُقبَلْ تفسيرُهُ عند أبي حنيفة وَصَلَ أمْ فَصَلَ،

وقال أبو يوسف ومحمد: إنْ وَصَل صُدِّق ولم يَلزَمْهُ شيءٌ، وإنْ فصَلَ لم يُصدَّقْ إذا أنكرَ المُقَرُّ له أن يكونَ ذلك من ثمَنِ عبدٍ، وإنْ أقرَّ أنَّه باعَهُ متاعاً فالقولُ قولُ المُقِرِّ[1].

ووجه ذلك[2]: أنَّه أقرَّ بوجوبِ المال عليه وبيَّنَ سبباً، وهو البيعُ، فإنْ وافَقَه الطَّالبُ[3] في السَّببِ، وبه[4] لا يتأكَّدُ الوجوبُ إلَّا بالقبض، والمُقِرُّ يُنكِرُه[5]، فيكون القولُ قولَهُ، وإنْ كذَّبَه في السَّببِ كان هذا من المُقِرِّ بياناً مُغيِّراً؛ لأنَّ صَدْرَ كلامِهِ للوجوبِ مُطلَقاً وآخِرَهُ يَحتمِلُ انتفاءَهُ على اعتبارِ عَدَمِ القبضِ، والمُغيِّرُ يَصحُّ موصولاً لا مَفصولاً.

(ولو قال: «اِبتَعْتُ منه عَيناً، إلَّا أنِّي لم أقبِضْهُ» فالقَولُ قَولُهُ) بالإجماع؛ لأنَّه ليس من ضرورةِ البَيعِ القَبضُ، بخلافِ الإقرارِ بِوُجوبِ الثَّمنِ.

قال: (وكذا لو قال: «مِنْ ثَمَنِ خَمرٍ أو خِنْزيرٍ»)، ومعنى المسألة: إذا قال: «لِفُلانٍ علَيَّ ألفٌ من ثمَنِ خَمرٍ أو خِنزيرٍ» (لَزِمَهُ الألفُ، ولم يُقبَلْ تفسيرُهُ عند أبي حنيفة[6] وَصَلَ أمْ فَصَلَ)؛ لأنَّه[7] رجوعٌ؛ لأنَّ ثمَنَ الخمرِ والخنزيرِ لا يكون واجباً، وأوَّلُ كلامِهِ للوجوب.

---

(١) يعني: إنْ صدَّقَ المُقَرُّ له المُقِرَّ بأن قال: إنَّه باعَهُ متاعاً، وهو العبد، كما أقَرَّ به المُقِرُّ، ولكن كذَّبَه في إنكارِهِ قبضَ المَبيعِ، فالقولُ قولُ المُقِرِّ، سواء وَصَل أم فَصَل. فتح.

(٢) أي: وجه قول الصاحبين.

(٣) يعني: المقَرُّ له.

(٤) أي: وبمجرَّد وجودِ السَّبب لا يتأكَّد وجوبُ الثَّمن ... إلخ.

(٥) أي: ينكر القبضَ.

(٦) يعني: لم يُقبل قولُه: «من ثمن خمرٍ أو خنزيرٍ».

(٧) لأنَّ تفسيرَهُ.

وقالا: إذا وَصَلَ لا يَلزَمُهُ شيءٌ. ولو قال: «لَهُ علَيَّ ألفُ درهمٍ مِنْ ثَمَنِ مَتاعٍ»، أو قال: «أقرَضَنِي ألفَ دِرهَمٍ»، ثمَّ قال: «هي زُيوفٌ» أو «نَبهرَجةٌ»، وقال المُقَرُّ له: «جِيادٌ»، لَزِمَهُ الجِيادُ في قولِ أبي حنيفة. وقالا: إنْ قال مَوصولاً يُصدَّقُ،

(وقالا: إذا وَصَلَ لا يَلزَمُهُ شيءٌ)؛ لأنَّه بيَّنَ بآخِرِ كلامِهِ أنَّه ما أراد به الإيجابَ، وصار كما إذا قال في آخِرِه: «إن شاء الله».

قلنا[1]: ذاك[2] تعليقٌ، وهذا إبطال.

(ولو قال: «لَهُ علَيَّ ألفُ درهمٍ مِنْ ثَمَنِ مَتاعٍ» أو قال: «أقرَضَنِي ألفَ دِرهَمٍ»، ثمَّ قال: «هي زُيوفٌ» أو «نَبهرَجةٌ»، وقال المُقَرُّ له: «جِيادٌ»، لَزِمَهُ الجِيادُ في قولِ أبي حنيفة. وقالا: إنْ قال مَوصولاً يُصدَّقُ، وإنْ قال مَفصُولاً لا يُصَدَّقُ).

وعلى هذا الخلاف إذا قال: «هي سَتُّوقَةٌ» أو «رصاص»، وعلى هذا إذا قال: «إلَّا أنَّها زُيوفٌ»، وعلى هذا إذا قال: «لِفُلانٍ علَيَّ ألفُ درهمٍ زُيوفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتاعٍ».

لهما: أنَّه[3] بيانٌ مُغيِّرٌ، فَيَصِحُّ بِشَرطِ الوَصلِ، كالشَّرطِ والاستثناء. وهذا[4] لأنَّ اسمَ الدَّراهِمِ يَحتمِلُ الزُّيوفَ بحقيقتِهِ والسَّتُّوقةَ بِمَجازِهِ، إلَّا أنَّ مُطلَقَهُ يَنصرِفُ إلى الجِيادِ، فكان بياناً مُغيِّراً من هذا الوجهِ، وصار كما إذا قال: «إلَّا أنَّها وَزنُ خَمسةٍ».

ولأبي حنيفة: أنَّ هذا رجوعٌ؛ لأنَّ مُطلَقَ العقدِ يقتضي وَصْفَ السَّلامةِ عن العيب، والزِّيافةُ عيبٌ، ودعوى العيبِ رُجوعٌ عن بعضِ مُوجَبِهِ، وصار كما إذا

---

(١) في الجواب عن قياسِهما على مسألة الاستثناء بالمشيئة. بناية.

(٢) يعني: قوله: «إن شاء الله» تعليقٌ بِشَرطٍ لا يُوقَفُ عليه، والتَّعليقُ بالشَّرطِ من باب بيانِ التَّغيير، فيصحُّ موصولاً، وما نحن فيه إبطالٌ، والإبطالُ لا يكونُ بياناً، فلم يصحَّ وإن كان موصولاً. فتح.

(٣) أي: ما قاله آخراً مغيِّرٌ لِما قاله أوَّلاً.

(٤) أي: وكان آخرُ كلامِ المقِرِّ فيما نحن فيه بياناً مغيِّراً.

وإنْ قال مَفصُولاً لا يُصَدَّقُ. ولو قال: «لِفُلانٍ علَيَّ ألفُ درهمٍ زُيوف» ولم يَذكرِ البيعَ والقَرْضَ، قيل: يُصدَّقُ، وقيل: لا يُصدَّقُ. ولو قال: «اغتَصَبتُ منه ألفاً» أو قال: «أودَعَنِي» ثمَّ قال: «هي زُيُوفٌ» أو «نَبهرَجَةٌ» صُدِّقَ وَصَلَ أم فَصَلَ.

قال: «بِعتُكَه مَعيباً» وقال المشتري: «بِعتَنيه سليماً»، فالقولُ للمشتري لِما بيَّنَّا[١]، والسَّتُّوقةُ ليست من الأثمان، والبيعُ يَرِدُ على الثَّمن، فكان[٢] رجوعاً.

وقوله: «إلَّا أنَّها وزنُ خَمسةٍ» يصحُّ استثناءً[٣]؛ لأنَّه مِقدارٌ، بخلافِ الجَودَةِ؛ لأنَّ استثناءَ الوَصفِ لا يجوزُ كاستثناءِ البناءِ في الدَّارِ، بخلاف ما إذا قال: «علَيَّ كُرُّ حِنطَةٍ من ثَمنِ عبدٍ، إلَّا أنَّها رديئةٌ» لأنَّ الرَّداءةَ نوعٌ لا عَيبٌ، فَمُطلَقُ العقدِ لا يقتضي السَّلامةَ عنها.

وعن أبي حنيفة في غير روايةِ الأصولِ في القَرضِ: أنَّه يُصدَّقُ في الزُّيوف إذا وَصَلَ؛ لأنَّ القَرضَ يُوجِبُ رَدَّ مِثلِ المَقبوضِ، وقد يكون[٤] زيفاً كما في الغصب.

ووجهُ الظَّاهر: أنَّ التَّعاملَ بالجيادِ، فانصَرَفَ مُطلَقُه إليها.

(ولو قال: «لِفُلانٍ علَيَّ ألفُ درهمٍ زُيوف» ولم يَذكرِ البيعَ والقَرْضَ، قيل: يُصدَّقُ) بالإجماع؛ لأنَّ اسمَ الدَّراهمِ يتناولها، (وقيل: لا يُصدَّقُ)؛ لأنَّ مُطلَقَ الإقرارِ يَنصرِفُ إلى العقود[٥]؛ لِتَعيُّنِها مشروعةً، لا إلى الاستهلاكِ المُحرَّم.

(ولو قال: «اغتَصَبتُ منه ألفاً» أو قال: «أودَعَنِي» ثمَّ قال: «هي زُيُوفٌ» أو «نَبهرَجَةٌ» صُدِّقَ وَصَلَ أم فَصَلَ)؛ لأنَّ الإنسانَ يَغصِبُ ما يَجِدُ ويُودِعُ ما يَملِكُ، فلا مُقتَضي له في الجيادِ ولا تَعامُلَ، فيكون بيانَ النَّوعِ، فَيَصحُّ وإنْ

---

(١) من أنَّ مُطلَقَ العقدِ يقتضي السَّلامةَ عن العيب.

(٢) أي: فكان قولُهُ آخِراً رُجوعاً عمَّا أَقَرَّ به أوَّلاً.

(٣) هذا جوابٌ عمَّا استشهدا به. تقريره: أنَّ ذلك مِمَّا نحن فيه؛ لأنَّه يصحُّ أن يكونَ استثناءً. فتح.

(٤) أي: المقبوض في القرض.

(٥) أي: إلى الإلزام بسبب العقود. فتح.

وإنْ قال في هذا كلِّهِ: «ألفاً» ثمَّ قال: «إلَّا أنَّه يَنقُصُ كذا» لم يُصدَّقْ، وإن وَصَلَ صُدِّقَ. ومَنْ أقَرَّ بِغَصبِ ثَوبٍ، ثُمَّ جاءَ بِثَوبٍ مَعِيبٍ، فالقَولُ قولُهُ. ومَنْ قال لآخَرَ: «أخذتُ منكَ ألفَ درهم وَدِيعةً فَهَلَكَتْ»، فقال: «لا بل أَخَذتَها غَصْباً» فهو ضامِنٌ. وإنْ قال: «أعطَيْتَنِيها وَدِيعةً»، فقال: «لا بل غَصَبْتَنِيها» لم يَضمَنْ.

فصَلَ، ولهذا[1] لو جاءَ رادُّ المغصوبِ والوديعةِ بالمَعيبِ، كان القولُ قولَهُ.

وعن أبي يوسف: أنَّه لا يُصدَّق فيه مفصولاً اعتباراً بالقَرْضِ، إذ القَبضُ فيهما هو المُوجِبُ لِلضَّمان.

ولو قال: «هي سَتُّوقةٌ، أو رصاصٌ» بعدما أقَرَّ بالغَصبِ والوديعةِ ووَصَلَ صُدِّقَ، وإنْ فَصَلَ لم يُصدَّقْ؛ لأنَّ السَّتُّوقةَ ليست من جنس الدَّراهم، لكن الاسمُ يتناوَلُها مجازاً، فكان بياناً مُغيِّراً فلا بدَّ من الوصل.

(وإنْ قال في هذا كلِّهِ: «ألفاً» ثمَّ قال: «إلَّا أنَّه يَنقُصُ كذا» لم يُصدَّقْ، وإن وَصَلَ صُدِّقَ)؛ لأنَّ هذا استثناءُ المقدارِ، والاستثناءُ يصحُّ موصولاً، بخلافِ الزِّيافةِ؛ لأنَّها وَصفٌ، واستثناءُ الأوصافِ لا يصحُّ، واللَّفظُ يتناولُ المِقدارَ دونَ الوَصفِ، وهو تَصرُّفٌ لفظيٌّ كما بيَّنَّا[2]، ولو كان الفَصلُ ضرورةَ انقطاعِ الكلامِ بانقطاعِ نفَسِهِ فهو واصلٌ؛ لِعَدَمِ إمكانِ الاحترازِ عنه.

(ومَنْ أقَرَّ بِغَصبِ ثَوبٍ، ثُمَّ جاءَ بِثَوبٍ مَعِيبٍ، فالقَولُ قولُهُ)؛ لأنَّ الغَصبَ لا يَختصُّ بالسَّليم.

(ومَنْ قال لآخَرَ: «أخذتُ منكَ ألفَ درهم وَدِيعةً فَهَلَكَتْ» فقال: «لا بل أَخَذتَها غَصْباً» فهو ضامِنٌ. وإنْ قال: «أعطَيْتَنِيها وَدِيعةً»، فقال: «لا بل غَصَبْتَنِيها» لم يَضمَنْ)، والفرقُ:

- أنَّ في الفصل الأوَّلِ أقَرَّ بسببِ الضَّمانِ، وهو الأخذُ، ثمَّ ادَّعى ما يُبرِّئه،

---

(1) أي: ولأجل أن لا مُقتضي له في الجياد ولا تعامل.

(2) من أنَّ التَّصرُّف في اللَّفظ لا يصحُّ إلَّا موصولاً.

وإنْ قال: «هذه الألفُ كانتْ وَدِيعةً لي عِندَ فُلانٍ، فأخَذْتَها»، فقال فلانٌ: «هي لي» فإنَّهُ يَأخُذُها. ....

وهو الإذن، والآخَرُ يُنكِرُه، فيكونُ القولُ له مع اليمين.

- وفي الثَّاني أضافَ الفِعلَ إلى غيرِهِ، وذاكَ يَدَّعي عليه سببَ الضَّمانِ، وهو الغَصبُ، فكان القولُ لِمُنكِرِه مع اليمينِ، والقبضُ في هذا كالأخذ[١]، والدَّفعُ كالإعطاء[٢].

فإن قال قائل: الإعطاءُ والدَّفعُ إليه لا يكونُ إلَّا بِقَبضِهِ[٣].

فنقول: قد يكونُ بالتَّخليةِ والوَضعِ بين يديه، ولوِ اقتَضَى ذلك فالمُقتَضَى ثابتٌ ضرورةً[٤]، فلا يَظهَرُ في انعقادِه سبَبَ الضَّمان.

وهذا[٥] بخلافِ ما إذا قال: «أخَذْتُها مِنكَ وَدِيعةً»، وقال الآخَرُ: «لا بل قَرْضاً»، حيثُ يكونُ القولُ لِلمُقِرِّ وإنْ أقَرَّ بالأخذِ؛ لأنَّهما تَوافَقا هنالك على أنَّ الأخذَ كان بالإذن، إلَّا أنَّ المُقرَّ له يدَّعي سبَبَ الضَّمانِ - وهو القَرضُ - والآخَرُ يُنكِرُ فافترقا.

(وإنْ قال: «هذه الألفُ كانتْ وَدِيعةً لي عِندَ فُلانٍ، فأخَذْتَها» فقال فلانٌ: «هي لي» فإنَّهُ[٦] يَأخُذُها)؛ لأنَّه أقرَّ باليد له، وادَّعَى استحقاقَها عليه، وهو يُنكِرُ،

---

(١) يعني: لو قال المُقِرُّ: «قبضتُ منكَ ألفَ درهم وَديعةً»، فقال المُقَرُّ له: «بل غَصَبتَنيها» كان ضامناً، كما لو قال: «أخذتُ منكَ ألفَ درهم وَدِيعَة». بناية.

(٢) يعني: لو قال المُقِرُّ: «دفعتَ إليَّ ألفَ درهم وَدِيعةً»، فقال المُقَرُّ له: «بل غَصَبتَنِيها» لم يضمن، كما لو قال: «أعطَيْتَنِيها». بناية.

(٣) فكان الإقرارُ بالإعطاءِ والدَّفعِ إقراراً بالقبض، وإذا أقَرَّ بالقبضِ يَضمَنُ، فينبغي أن يَضمَنَ إذا أقرَّ بالإعطاءِ والدَّفعِ أيضاً. فتح.

(٤) والثَّابتُ بالضَّرورة يَثبُتُ بأدنى ما تَندفِعُ به الضَّرورة. فتح.

(٥) أي: وهذا الذي قلنا، مِنْ ضمانِ المُقِرِّ بالأخذِ وَدِيعةً إذا قال المُقَرُّ له: «أخَذْتَها غَصباً».

(٦) أي: فلان.

ولو قال: «آجَرْتُ دابَّتي هذهِ فُلاناً، فَرَكِبَها وَرَدَّها»، أو قال: «آجَرْتُ ثَوْبي هذا فُلاناً، فَلَبِسَهُ وَرَدَّهُ»، وقال فلانٌ: «كذَبْتَ، وهما لي» فالقَولُ قَولُهُ، وقال أبو يوسف ومحمد: القولُ قَولُ الذي أُخِذَ منه الدَّابَّةُ والثَّوبُ. ولو قال: «خاطَ فلانٌ ثَوْبي هذا بِنِصْفِ دِرهَمٍ، ثمَّ قَبَضتُّهُ»، وقال فلانٌ: «الثَّوبُ ثَوْبي» فهو على هذا الخلافِ في الصَّحيح.

والقولُ لِلمُنكِر.

(ولو قال: «آجَرْتُ دابَّتي هذهِ فُلاناً، فَرَكِبَها وَرَدَّها»، أو قال: «آجَرْتُ ثَوْبي هذا فُلاناً، فَلَبِسَهُ وَرَدَّهُ»، وقال فلانٌ: «كذَبْتَ، وهما لي» فالقَولُ قَولُهُ[1] وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: القولُ قَولُ الذي أُخِذَ منه الدَّابَّةُ والثَّوبُ)، وهو القياس. وعلى هذا الخلافِ الإعارةُ والإسكانُ.

(ولو قال: «خاطَ فلانٌ ثَوْبي هذا بِنِصْفِ دِرهَمٍ، ثمَّ قَبَضتُّهُ»، وقال فلانٌ: «الثَّوبُ ثَوْبي» فهو على هذا الخلافِ في الصَّحيح)، وجهُ القياس ما بيَّنَّاه في الوديعة.

وجهُ الاستحسان - وهو الفرق -: أنَّ اليد في الإجارةِ والإعارةِ ضروريَّةٌ تَثبُتُ ضرورةَ استيفاءِ المَعقودِ عليه، وهو المنافع، فتكون[2] عَدَماً فيما وراءَ الضَّرورةِ، فلا يكون إقراراً له[3] باليد مُطلَقاً[4]، بخلاف الوديعةِ لأنَّ اليدَ فيها مَقصودَةٌ، والإيداعُ إثباتُ اليدِ قَصْداً، فيكون الإقرارُ به اعترافاً باليدِ للمُودِع.

---

(١) أي: للمقرِّ.

(٢) أي: اليد.

(٣) أي: فلا يكون الإقرارُ بالإجارة والإعارة إقراراً للمقرِّ له.

(٤) أي: لا يكون إقراراً من كلِّ وجه، بل يكون إقراراً له باليد لأجل استيفاء المعقودِ عليه فقط، فلا يكون مقِرّاً بالملك لغيره ثمَّ مدَّعياً لنفسه. فتح.

ووجهُ آخَر: أنَّ في الإجارة والإعارةِ والإسكانِ أقَرَّ بيدٍ ثابتةٍ من جهتِهِ[١]، فيكون القولُ قولَهُ في كيفيَّتِهِ[٢].

ولا كذلك في مسألةِ الوديعةِ؛ لأنَّه[٣] قال فيها: «كانت وديعة»، وقد تكون من غير صُنعِهِ[٤]، حتَّى لو قال[٥]: «أودَعْتَها» كان على هذا الخلاف.

وليس مدارُ الفَرقِ على ذِكْر الأخذِ في طَرَفِ الوديعةِ وعَدَمِهِ في الطَّرفِ الآخَرِ، وهو الإجارةُ وأختاها؛ لأنَّه[٦] ذَكَرَ الأخذَ في وَضْعِ الطَّرَفِ الآخَرِ وهو الإجارة[٧] في كتاب الإقرار أيضاً.

وهذا[٨] بخلاف ما إذا قال: «اقتَضَيتُ من فلانٍ ألفَ درهم كانت لي عليه» أو «أقرضتُهُ ألفاً ثمَّ أخَذْتُها منه» وأنكرَ المُقَرُّ له، حيث يكونُ القولُ قولَهُ[٩]؛ لأنَّ الدُّيونَ تُقضَى بأمثالها، وذلك[١٠] إنَّما يكون بِقَبضٍ مَضمونٍ، فإذا أقَرَّ بالاقتضاءِ فقد أقَرَّ بسبب الضَّمانِ، ثمَّ ادَّعى تَملُّكَه عليه بما يدَّعيهِ من الدَّين مُقاصَّة والآخَرُ يُنكِرُه، أمَّا هاهنا[١١] المقبوضُ عينُ ما ادَّعى فيه الإجارةَ وما أشبهها فافترقا.

---

(١) أي: من جهة المقرِّ.

(٢) أي: في كيفيَّة ثُبوتِ اليدِ بأيِّ طريقٍ كان، كما لو قال: «ملَّكتُ عبدي لك بألفِ درهم، إلَّا أنِّي لم أقبض الثَّمنَ، ولي حَقُّ الحَبسِ» كان القولُ قولَهُ وإن زَعَم الآخَرُ خلافَهُ. عناية.

(٣) أي: المقِرّ.

(٤) كاللُّقَطة فإنَّها وديعةٌ في يدِ المُلتقِطِ وإن لم يَدفَعْها إليه صاحِبُها، وكذا إذا هبَّتِ الرِّيحُ وألقَتْ ثوباً في دار إنسان، فإنَّه وديعةٌ عند صاحب الدَّار. عناية.

(٥) أي: المقِرُّ.

(٦) أي: الإمام محمد.

(٧) أي: وأختيها، فلمَّا ذكر الأخذَ في الإجارة وأختيها عُلم أنَّ مدارَ الفَرقِ ليس على ذِكْر الأخذِ.

(٨) أي: الذي ذكَرَه في الإجارة وأختيها. عناية.

(٩) أي: قول المقَرِّ له مع يمينه.

(١٠) أي: قضاءُ الدُّيونِ بأمثالها.

(١١) يعني: صورة الإجارة وأختيها. بناية.

ولو أقرَّ أنَّ فلاناً زَرَع هذه الأرضَ، أو بَنَى هذه الدَّارَ، أو غَرَس هذا الكَرْمَ، وذلك كُلُّهُ في يدِ المُقِرِّ، فادَّعاها فلانٌ، وقال المُقِرُّ: «لا بل ذلك كلُّهُ لي استعنتُ بكَ فَفعلتَ، أو فَعَلتَهُ بأجرٍ» فالقولُ للمُقِرِّ، لأنَّه ما أقَرَّ له باليد، وإنَّما أقَرَّ بمجرَّدِ فعلٍ منه، وقد يكونُ ذلك في ملكِ يدِ المُقِرِّ، وصار كما إذا قال: «خاطَ لي الخيَّاطُ قميصي هذا بِنِصفِ درهم» ولم يقل: «قبَضتُهُ منه» لم يكن إقراراً باليد، ويكونُ القولُ لِلمُقِرِّ؛ لِما أنَّه أقرَّ بفعلٍ منه، وقد يخيطُ ثوباً في يد المُقِرِّ، كذا هذا.

باب إقرار المريض

وإذا أَقَرَّ الرَّجلُ في مَرَضِ مَوتِهِ بِدُيونٍ وعليه دُيُونٌ في صِحَّتِهِ ودُيُونٌ لَزِمَتْهُ في مَرَضِهِ بأسبابٍ مَعلُومةٍ، فَدَينُ الصِّحَّةِ والدَّينُ المَعروفُ الأسبابِ مُقدَّمٌ، ....

(باب إقرار المريض)

قال: (وإذا أَقَرَّ الرَّجلُ في مَرَضِ مَوتِهِ بِدُيونٍ وعليه دُيُونٌ في صِحَّتِهِ ودُيُونٌ لَزِمَتْهُ في مَرَضِهِ بأسبابٍ مَعلُومةٍ، فَدَينُ الصِّحَّةِ والدَّينُ المَعروفُ الأسبابِ مُقدَّمٌ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: دَينُ المرضِ ودَينُ الصِّحَّةِ يَستويانِ لاستواءِ سَبَبِهما، وهو الإقرارُ الصَّادرُ عن عَقلٍ ودِينٍ، ومَحَلُّ الوُجوبِ الذِّمَّةُ القابِلَةُ للحقوق، فصارَ كإنشاءِ التَّصرُّفِ مُبايعَةً ومُناكَحَةً.

ولنا: أنَّ الإقرارَ لا يُعتبَرُ دليلاً إذا كان فيه إبطالُ حقِّ الغيرِ، وفي إقرارِ المريضِ ذلكَ؛ لأنَّ حقَّ غُرماءِ الصِّحَّةِ تَعلَّقَ بهذا المالِ استيفاءً، ولهذا مُنِع من التَّبرُّعِ والمُحاباةِ إلَّا بِقَدْرِ الثُّلُث.

بخلافِ النِّكاحِ؛ لأنَّه من الحَوائجِ الأصليَّةِ، وهو بِمَهرِ المِثْلِ، وبخلافِ المُبايَعَةِ بِمِثلِ القيمةِ[2]؛ لأنَّ حقَّ الغُرماءِ تعلَّق بالماليَّةِ لا بالصُّورةِ، وفي حالةِ الصِّحَّةِ لم يَتعلَّقْ حقُّهم بالمالِ لِقُدرتِهِ على الاكتسابِ، فَيَتحقَّقُ التَّثميرُ، وهذه حالةُ العَجزِ[3]

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٣٢٥) دار الفكر: (ولو أقرَّ في صحَّته بِدَينٍ) لإنسانٍ (وفي مرضِهِ) بدينٍ (لآخَرَ، لم يُقدَّم الأوَّلُ)، بل يتساويان كما لو ثبتا بالبيِّنة.
(ولو أقرَّ في صحَّتِهِ أو مرضِهِ) بدينٍ لإنسانٍ أو ثبَتَ ببيِّنةٍ (وأقرَّ وارثُهُ بعدَ موتِهِ) بدينٍ (لآخَرَ لم يُقدَّم الأوَّلُ في الأصحِّ)؛ لأنَّ إقرارَ الوارث كإقرار المورِّث؛ لأنَّه خليفتُهُ فكأنَّه أقرَّ بدينين. والثاني: يقدَّم الأوَّلُ؛ لأنَّه بالموت تعلَّق بالتَّركة فليس للوارث صرفُها عنه. اهـ.

(٢) يعني: المبايعةُ بمثل القيمةِ لا تُبطل حقَّ الغُرَماء. بناية.

(٣) أي: حالةُ المرضِ حالةُ العَجزِ عن الاكتسابِ، فيتَعَلَّقُ حقُّهم بهِ حَذَراً عن التَّوَى. عناية.

فإذا قُضِيَتْ وفَضَلَ شيءٌ يُصرَفُ إلى ما أقَرَّ به في حالةِ المَرَضِ، وإنْ لم يَكنْ عليه دُيونٌ في صِحَّتِهِ جازَ إقرارُهُ. ....

وحالتا المَرضِ حالةٌ واحدةٌ[1]؛ لأنَّه حالةُ الحَجرِ، بخلاف حالَتَي الصِّحَّةِ والمرضِ؛ لأنَّ الأولى حالةُ إطلاقٍ وهذه حالةُ عَجزٍ، فافترقا.

وإنَّما تُقدَّمُ الدُّيونُ المعروفةُ الأسبابِ؛ لأنَّه لا تُهمَةَ في ثُبوتِها، إذِ المُعايَنُ لا مَرَدَّ له، وذلك[2] مِثلُ بَدَلِ مالٍ مَلَكَهُ أوِ استهلَكَهُ وعُلِمَ وُجوبُهُ بغَيرِ إقرارِهِ، أو تزوَّجَ امرأةً بِمَهرِ مِثلِها، وهذا الدَّينُ[3] مِثلُ دَينِ الصِّحَّةِ لا يُقدَّمُ أحدُهُما على الآخرِ لِما بيَّنَّا[4].

ولو أقَرَّ بِعَينٍ في يدِهِ لآخَرَ، لم يَصحَّ في حقِّ غُرَماءِ الصِّحَّةِ؛ لِتَعلُّقِ حقِّهم به.

ولا يجوزُ للمريضِ أن يَقضِيَ دينَ بعضِ الغُرَماءِ دونَ البعضِ؛ لأنَّ في إيثارِ البعضِ إبطالَ حقِّ الباقين، وغُرَماءُ الصِّحَّةِ والمَرَضِ في ذلك سواءٌ، إلَّا إذا قضى ما استقرَضَ في مَرَضِهِ، أو نقَدَ ثمَنَ ما اشترى في مرضِهِ وقد عُلِمَ بالبيِّنةِ.

قال: (فإذا قُضِيَتْ) يعني: الدُّيونُ المتقدِّمةُ[5] (وفَضَلَ شيءٌ يُصرَفُ إلى ما أقَرَّ به في حالةِ المَرَضِ)؛ لأنَّ الإقرارَ في ذاته صحيحٌ، وإنَّما رُدَّ في حقِّ غُرَماءِ الصِّحَّةِ، فإذا لم يَبْقَ حَقُّهُم ظَهَرتْ صِحَّتُه[6].

قال: (وإنْ لم يَكنْ عليه دُيونٌ في صِحَّتِهِ جازَ إقرارُهُ)؛ لأنَّه لم يَتضمَّنْ إبطالَ حقِّ الغَيرِ، وكان المُقَرُّ له أولى من الورثةِ؛ لقولِ عمرَ رضي الله عنه: «إذا أقَرَّ المريضُ بِدَينٍ جازَ

---

(١) يعني: أوَّلُه وآخِرُهُ بعدَ اتِّصالِ الموتِ به حالةٌ واحدةٌ. عناية.

(٢) أي: ما ذُكر من الدُّيون المعروفةِ الأسباب. بناية.

(٣) أي: الدَّينُ اللازمُ في المَرَض بأسبابٍ معلومة.

(٤) يعني: أنَّه من الحوائج الأصلية، يعني: في النِّكاح، ولا تُهمةَ في ثُبوتِهِ في غيره. عناية.

(٥) وهي ديون الصِّحَّة والدُّيونُ اللازمةُ بأسبابٍ معلومة.

(٦) أي: صحةُ إقرارِهِ في مرضِهِ.

ولو أقَرَّ المريضُ لِوارِثِهِ لا يَصِحُّ إلَّا أنْ يُصدِّقَهُ فيه بَقيَّةُ الوَرَثةِ، ....

ذلك عليه في جميعِ تَرِكتِهِ»[1]، ولأنَّ قضاءَ الدَّينِ من الحَوائجِ الأصليَّةِ، وحقُّ الورثةِ يتعلَّقُ بالتَّركةِ بِشَرطِ الفَراغِ، ولهذا تُقدَّمُ حاجتُهُ في التَّكفينِ.

قال: (ولو أقَرَّ المريضُ لِوارِثِهِ لا يَصِحُّ إلَّا أنْ يُصدِّقَهُ فيه بَقيَّةُ الوَرَثةِ).

وقال الشَّافعيُّ في أحدِ قولَيهِ[2]: يصحُّ؛ لأنَّه إظهارُ حقٍّ ثابتٍ؛ لِتَرجُّحِ جانبِ الصِّدقِ فيه، وصار كالإقرارِ لأجنبيٍّ وبِوارثٍ آخَرَ وبوديعةٍ مُستهلَكَةٍ لِلوارث.

ولنا: قولُه ﷺ: «لا وصيَّةَ لِوارِثٍ، ولا إقرارَ له بالدَّين»[3]، ولأنَّه تعلَّقَ حقُّ الورثةِ بمالِهِ في مرضِهِ، ولهذا يُمنَعُ من التَّبرُّعِ على الوارثِ أصلاً، ففي تَخصيصِ البعضِ به إبطالُ حقِّ الباقين، ولأنَّ حالةَ المرضِ حالةُ الاستغناءِ[4] والقرابةُ سببُ التَّعلُّقِ، إلَّا أنَّ هذا التَّعلُّقَ[5] لم يَظهرْ في حقِّ الأجنبيِّ لحاجتِهِ إلى المعاملةِ في الصِّحَّةِ؛ لأنَّه لو انْحَجَر عن الإقرارِ بالمَرَضِ يَمتنِعُ النَّاسُ عن المعاملةِ معه،

(١) قال الزيلعي (٤/ ١١١): غريب.

(٢) قال في المجموع (٢٠/ ٢٩٣) دار الفكر: اختَلَف أصحابنا في إقراره - أي: إقرار المريض - للوارِثِ:

- فمنهم مَن قال فيه قولان:

أحدهما: أنَّه لا يُقبَل لأنَّه إثباتُ مالٍ للوارث بقوله من غير رضى الورثةِ، فلم يصحَّ من غيرِ رِضى سائر الورثة كالوصية.

والثاني: أنَّه يُقبَل، وهو الصَّحيح، لأنَّ مَن صحَّ إقراره له في الصِّحَّة صحَّ إقراره في المرض، كالأجنبيِّ.

- ومن أصحابنا من قال: يُقبَل إقراره قولاً واحداً. اهـ.

(٣) أخرجه الدار قطني في الوصايا (١٢) عن جعفر بن محمد عن أبيه. وهو مرسَلٌ، وفي إسناده نوح بن دراج ضعيفٌ، نُقل عن أبي داود أنَّه قال فيه: كان يضع الحديث.

(٤) أي: عنِ المالِ لِظُهورِ أماراتِ الموتِ المُوجِبِ لانتهاء الآمال. عناية.

(٥) أي: تعلُّقُ حقِّ الورثةِ بمالِ المريضِ في حالةِ المرضِ.

وإذا أَقَرَّ لأجنبيٍّ جازَ وإنْ أحاطَ بمالِهِ. ومَنْ أَقَرَّ لأجنبيٍّ ثمَّ قال: «هو ابني» ثبتَ نسَبُهُ منه وبَطَلَ إقرارُهُ. فإنْ أقَرَّ لأجنبيَّةٍ ثمَّ تزَوَّجَها لم يَبطُلْ إقرارُهُ لها. ....

وقَلَّما تقعُ المعاملةُ مع الوارثِ، ولم يظهر[1] في حقِّ الإقرارِ بِوارثٍ آخَرَ لحاجتِهِ أيضاً[2]، ثمَّ هذا التَّعلُّقُ حقُّ بقيَّةِ الورثةِ، فإذا صدَّقوه فقَدْ أبطلُوهُ[3]، فيصحُّ إقرارُهُ.

قال: (وإذا أقَرَّ لأجنبيٍّ جازَ وإنْ أحاطَ بمالِهِ)؛ لِما بيَّنَّا[4]، والقياسُ أن لا يجوزَ إلَّا في الثُّلثِ؛ لأنَّ الشَّرعَ قصَرَ تصرُّفَه عليه، إلَّا أنَّا نقول: لمَّا صحَّ إقرارُهُ في الثُّلُثِ كان له التَّصرُّفُ في ثُلُثِ الباقي؛ لأنَّ الثُّلثَ بعد الدَّينِ ثُمَّ وثُمَّ حتَّى يأتي على الكلِّ.

قال: (ومَنْ أَقَرَّ لأجنبيٍّ ثمَّ قال: «هو ابني» ثبتَ نسَبُهُ منه وبَطَلَ إقرارُهُ. فإنْ أقَرَّ لأجنبيَّةٍ ثمَّ تزَوَّجَها لم يَبطُلْ إقرارُهُ لها).

ووجهُ الفَرق: أنَّ دَعوةَ النَّسبِ تَستنِدُ إلى وقتِ العُلُوقِ، فتبَيَّنَ أنَّه أقرَّ لابنِهِ، فلا يصحُّ، ولا كذلك الزَّوجيَّةُ؛ لأنَّها تَقتصِرُ على زمانِ التَّزوُّجِ، فبقي إقرارُهُ لأجنبيَّةٍ.

---

(١) أي: وكذا لم يظهر تعلُّقُ حقِّ الورثةِ بمالِ المريضِ في حالةِ المرضِ.

(٢) أي: لحاجة الإنسان إلى الإقرارِ بالوارثِ أيضاً؛ لأنَّ الإقرارَ بالنَّسبِ من حوائجه الأصليَّةِ؛ لأنَّه يحتاج إلى إبقاءِ نسلِهِ، فلا يَنحجِرُ عنه لحقِّ الورثة. -تكملة.

(٣) أي: أبطلوا حقَّهم.

(٤) أي: مِن أنَّ قضاءَ الدَّينِ من الحوائجِ الأصليَّة. عناية، وقال العيني في البناية: أشار به إلى قوله: «لأنَّه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه.

ومَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ في مَرَضِهِ ثلاثاً، ثمَّ أقرَّ لها بِدَينٍ ومات، فَلَها الأقلُّ مِنَ الدَّينِ ومِنْ مِيراثِها مِنهُ.

قال: (ومَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ في مَرَضِهِ ثلاثاً، ثمَّ أقرَّ لها بِدَينٍ ومات، فَلَها الأقلُّ مِنَ الدَّينِ ومِنْ مِيراثِها مِنهُ)؛ لأنَّهما مُتَّهمانِ فيه لقيام العِدَّةِ، وبابُ الإقرارِ مَسدودٌ للوارِثِ، فلعلَّهُ أقدَمَ على هذا الطَّلاقِ لِيَصحَّ إقرارُهُ لها زيادةً على مِيراثِها، ولا تُهمَةَ في أقلِّ الأمرينِ، فَيثبُتُ.

فصل

وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلامٍ يُولَدُ مِثلُهُ لِمِثلِهِ، وليس لَهُ نَسَبٌ مَعروفٌ، أَنَّهُ ابنُهُ وصَدَّقَهُ الغُلامُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ منه وإنْ كانَ مَريضاً ويُشارِكُ الوَرَثَةَ في الميراثِ. ويَجوزُ إقرارُ الرَّجلِ بالوالِدَينِ والوَلَدِ والزَّوجةِ والمَولَى. ويُقبَلُ إقرارُ المرأةِ بالوالدَينِ والزَّوجِ والمَولَى ولا يُقبَلُ بالوَلَدِ، ....

(فصل)

في بيان الإقرار بالنسب

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلامٍ يُولَدُ مِثلُهُ لِمِثلِهِ، وليس لَهُ نَسَبٌ مَعروفٌ، أَنَّهُ ابنُهُ وصَدَّقَهُ الغُلامُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ منه وإنْ كانَ مَريضاً)؛ لأنَّ النَّسبَ مِمَّا يَلزَمُهُ خاصَّةً، فيصحُّ إقرارُهُ به.

وشَرَطَ أنْ يُولَدَ مِثلُه لِمثلِهِ كي لا يكونَ مُكَذَّباً في الظَّاهر.

وشَرَطَ أن لا يكونَ له نسَبٌ معروفٌ؛ لأنَّه يَمنَعُ ثُبوتَهُ من غيره.

وإنَّما شَرَطَ تَصديقَهُ؛ لأنَّه في يدِ نفسِهِ إذِ المسألةُ في غلامٍ يُعبِّرُ عن نفسِهِ، بخلاف الصَّغيرِ على ما مَرَّ من قَبل[1]، ولا يمتنعُ بالمرضِ؛ لأنَّ النَّسبَ من الحوائج الأصليَّة.

(ويُشارِكُ الوَرَثَةَ في الميراثِ)؛ لأنَّه لمَّا ثبَتَ نسَبُهُ منه صار كالوارثِ المعروفِ، فَيُشارِكُ وَرَثَتَه.

قال: (ويَجوزُ إقرارُ الرَّجلِ بالوالِدَينِ والوَلَدِ والزَّوجةِ والمَولَى)؛ لأنَّه أقرَّ بما يَلزمُهُ، وليس فيه تَحميلُ النَّسبِ على الغير.

(ويُقبَلُ إقرارُ المرأةِ بالوالدَينِ والزَّوجِ والمَولَى) لِما بيَّنَّا[2] (ولا يُقبَلُ بالوَلَدِ)؛ لأنَّ فيه تَحميلَ النَّسبِ على الغير، وهو الزَّوجُ؛ لأنَّ النَّسبَ منه، ....

(١) أي: في المسألة التي قبل هذه.

(٢) من أن موجب الإقرار يثبتُ لهما بينهما بتصادقهما، وليس فيه حملُ النَّسب على الغير. ويشترطُ أن تكون المرأة خاليةً عن الزوج وعدَّته، وأن لا يكون تحت المقرِّ له بالزَّوجيَّةِ أختاً أو أربعٌ سواها. بناية.

إلَّا أنْ يُصدِّقَها الزَّوجُ أو تَشْهَدَ بِولادَتِهِ قابِلَةٌ. ....

(إلَّا أنْ يُصدِّقَها الزَّوجُ)؛ لأنَّ الحقَّ له، (أو تَشْهَدَ بِولادَتِهِ قابِلَةٌ)؛ لأنَّ قولَ القابلةِ في هذا مَقبولٌ، وقد مَرَّ في الطَّلاق[1]، وقد ذكرنا في إقرارِ المرأةِ تفصيلاً في كتاب الدَّعوى[2]، ولا بدَّ من تَصديقِ هؤلاءِ.

ويصحُّ التَّصديقُ في النَّسبِ بعد موتِ المُقِرِّ؛ لأنَّ النَّسبَ يبقى بعد الموتِ، وكذا يصحُّ تصديقُ الزَّوجةِ[3]؛ لأنَّ حكمَ النِّكاحِ باقٍ، وكذا يصحُّ تصديقُ الزَّوجِ بعد مَوتِها؛ لأنَّ الإرثَ من أحكامِهِ[4]. وعند أبي حنيفة: لا يصحُّ[5] لأنَّ النِّكاحَ انقطَعَ بالموتِ، ولهذا لا يَحِلُّ له غَسلُها عندنا، ولا يصحُّ التَّصديقُ على اعتبارِ الإرثِ لأنَّه[6] معدومٌ حالةَ الإقرارِ[7]، وإنَّما يَثبُتُ[8] بعدَ الموتِ، والتَّصديقُ يَستندُ إلى أوَّلِ الإقرارِ[9].

---

(١) أي: في باب ثبوت النَّسب، انظر (٢/ ٢٦٠) عند قوله: «فإن جحد الولادةَ يثبت بشهادة امرأة واحدةٍ تشهدُ بالولادة».

(٢) انظر فصل دعوى النسب، ص (٤٨٥) عند قوله: «وإذا ادَّعَتِ امرأةٌ صَبِيّاً أنَّهُ ابنُها، لم تَجُزْ دَعْواها حتَّى تَشهَدَ امرأةٌ على الوِلادَةِ».

(٣) أي: يصحُّ تصديقُ الزوجةِ زوجَها في الإقرار بالزَّوجيَّةِ بعد موتِ الزَّوجِ المقِرِّ بالاتِّفاق، حتى يكون لها المهرُ والميراثُ. تكملة.

(٤) أي: من أحكام النِّكاحِ، وهو مما يبقى بعد الموت كالعدَّةِ. بناية.

(٥) أي: تصديقُ الزَّوجِ بعد موتها.

(٦) أي: الإرثُ.

(٧) هذا جوابُ سؤالٍ مقدَّر يردُ على قول أبي حنيفة، تقريره: سلَّمنا أنَّ تصديقَ الزَّوجِ لها بعدَ موتها لا يصحُّ نظراً إلى انقطاع النِّكاحِ بالموت بدليل أنَّ الزَّوجَ لا يحلُّ له أن يُغسِّل زوجتَهُ بعدَ موتها باتِّفاق أصحابنا، ولكن لِمَ لا يصحُّ تصديقُه إيَّاها بعدَ موتها نظراً إلى الإرثِ الذي هو من حقِّ آثار النِّكاحِ أيضاً، فقال: لا يصحُّ التصديقُ على اعتبار الإرث ...

(٨) أي: الإرثُ.

(٩) معناه: أنَّ التَّصديقَ يستندُ إلى أوَّل الإقرار بالنِّكاح، والإرثُ معدومٌ في تلك الحالةِ فلا يمكن اعتبارُ صحَّةِ التَّصديقِ باعتبارِ الإرثِ المعدومِ وقتئذٍ. تكملة فتح القدير.

وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيرِ الوالِدَينِ والوَلَدِ، نحوَ الأخِ والعَمِّ، لا يُقبَلُ إقرارُهُ في النَّسَبِ، فإنْ كانَ له وارِثٌ مَعروفٌ قَرِيبٌ أو بَعيدٌ، فهو أولى بالميراثِ مِنَ المُقَرِّ له، وإنْ لم يكنْ لَهُ وارثٌ استَحَقَّ المُقَرُّ له مِيراثُهُ. ومَنْ مات أبوهُ فأقَرَّ بأخٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أخيهِ وَيُشارِكُهُ في الإرثِ. ....

قال: (وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيرِ الوالِدَينِ والوَلَدِ، نحوَ الأخِ والعَمِّ، لا يُقبَلُ إقرارُهُ في النَّسَبِ)؛ لأنَّ فيه حَمْلَ النَّسبِ على الغير:

- (فإنْ كانَ له وارِثٌ مَعروفٌ قَرِيبٌ أو بَعيدٌ، فهو أولى بالميراثِ مِنَ المُقَرِّ له)؛ لأنَّه لمَّا لم يَثبُتْ نسبُهُ منه لا يُزاحِمُ الوارثَ المعروفَ.

- (وإنْ لم يكنْ لَهُ وارثٌ استَحَقَّ المُقَرُّ له مِيراثُهُ)؛ لأنَّ له ولايةَ التَّصرُّفِ في مالِ نفسِهِ عندَ عَدَمِ الوارثِ؛ ألا يُرى أنَّ له أن يُوصِي بِجَميعِهِ عند عدمِ الوارثِ، فَيَستحِقُّ جميعَ المالِ وإن لم يثبتْ نسبُهُ منه لِما فيه مِنْ حَملِ النَّسبِ على الغير، وليست هذه وصيَّةً حقيقةً، حتَّى إنَّ مَن أقرَّ بأخٍ ثمَّ أوصى لآخَرَ بجميعِ مالِهِ، كان للمُوصَى له ثُلُثُ جميعِ المالِ خاصَّةً، ولو كان الأَوَّلُ[1] وصيَّةً لاشتَرَكا نصفين، لكنَّه بِمَنزلتِهِ[2]، حتَّى لو أقَرَّ في مَرضِهِ بأخٍ وصَدَّقه المُقَرُّ له، ثمَّ أنكر المُقِرُّ وِراثتَه، ثمَّ أوصى بمالِهِ كلِّهِ لإنسانٍ، كان مالُهُ لِلمُوصَى له، ولو لم يُوصِ لأحدٍ كان لبيتِ المالِ؛ لأنَّ رجوعَهُ صحيحٌ؛ لأنَّ النَّسَبَ لم يثبت، فبطَلَ إقرارُهُ.

قال: (وَمَنْ مات أبوهُ فأقَرَّ بأخٍ لَمْ يَثبُتْ نَسَبُ أخيهِ)؛ لِما بيَّنَّا[3] (وَيُشارِكُهُ في الإرثِ)؛ لأنَّ إقرارَهُ تَضمَّنَ شيئين:

- حَمْلَ النَّسبِ على الغير، ولا وِلايةَ له عليه.

---

(١) أي: الإقرارُ بالأخ.

(٢) أي: بمنزلة الوصيَّة - بتأويل الإيصاء - بدليل صحَّةِ الرُّجوعِ، ولو لم يكن بمنزلةِ الوصيَّةِ لَمَا صحَّ الرُّجوعُ، ثمَّ أوضحَ ذلك بقوله: حتَّى لو أقرَّ ...». بناية.

(٣) من أنَّ فيه حَمْلَ النَّسبِ على الغير.

ومَنْ ماتَ وتَرَكَ ابنَينِ، ولَهُ على آخَرَ مائةُ درهمٍ، فأقَرَّ أحَدُهما أنَّ أباهُ قَبَضَ منها خَمسينَ، لا شَيءَ لِلمُقِرِّ ولِلآخَرِ خمسون.

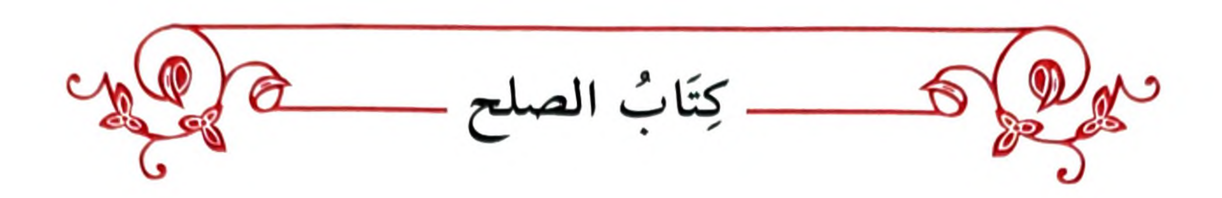
- والاشتراكَ في المال، ولهُ فيه وِلايةٌ فَيَثبُتُ، كالمشتري إذا أقَرَّ على البائعِ بالعِتقِ لم يُقبَلْ إقرارُهُ، حتَّى لا يرجعُ عليه بالثَّمن، ولكنَّه يُقبَلُ في حقِّ العِتق.

قال: (ومَنْ ماتَ وتَرَكَ ابنَينِ، ولَهُ على آخَرَ مائةُ درهم، فأقَرَّ أحَدُهما أنَّ أباهُ قَبَضَ منها خَمسينَ، لا شَيءَ لِلمُقِرِّ ولِلآخَرِ خَمسون)؛ لأنَّ هذا[1] إقرارٌ بالدَّينِ على الميتِ؛ لأنَّ الاستيفاءَ إنَّما يكون بِقَبضٍ مَضمونٍ، فإذا كذَّبه أخوه استغرَقَ الدَّينُ نَصيبَهُ، كما هو المذهبُ عندنا، غايةُ الأمرِ أنَّهما تصادقا على كونِ المَقبوضِ مُشتَرَكاً بينهما، لكن المُقِرُّ لو رَجَع على القابضِ بِشَيءٍ لَرَجَع القابِضُ على الغريمِ، ورَجَعَ الغَريمُ على المُقِرِّ، فيؤدِّي إلى الدَّور.



(١) أي: إقرارُ أحدِ الابنينِ بما ذكر.

كتاب الصلح



كِتَابُ الصلح

الصُّلْحُ على ثلاثةِ أضرُبٍ: صُلْحٌ مع إقرارٍ، وصُلْحٌ مع سُكوتٍ، وهو أنْ لا يُقِرَّ المُدَّعَى عليه ولا يُنكِرَ، وصُلْحٌ مع إنكارٍ، وكُلُّ ذلكَ جائزٌ. ....

(كتاب الصلح[١])

قال: (الصُّلْحُ على ثلاثةِ أضرُبٍ: صُلْحٌ مع إقرارٍ، وصُلْحٌ مع سُكوتٍ، وهو أنْ لا يُقِرَّ المُدَّعَى عليه ولا يُنكِرَ، وصُلْحٌ مع إنكارٍ، وكُلُّ ذلكَ جائزٌ)؛ لإطلاقِ قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النِّساء: ١٢٨]، ولقوله ﷺ: «كلُّ صُلحٍ جائزٌ فيما بين المسلمين، إلَّا صُلحاً أَحَلَّ حراماً أو حَرَّمَ حَلالاً»[٢].

وقال الشَّافعيُّ[٣]: لا يَجوزُ مع إنكارٍ أو سُكوتٍ لِما روينا[٤]، وهذا[٥] بهذه

---

(١) «الصُّلح» اسمٌ للمصالحة خلاف المخاصمة. وشرعاً: عقدٌ وُضِع لرفع المنازعة.

(٢) أخرجه أبو داود وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الصُّلحُ جائزٌ بين المسلمين إلَّا صُلحاً أحَلَّ حراماً أو حرَّمَ حلالاً»، واللفظ لأبي داود.
وأخرجه عن عمرو بن عوف الترمذي وقال: حديث صحيح، وابن ماجه، والحاكم وسكت عنه، وقال الذهبي: هو حديث واه.

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ٤٣٤) الكتب العلمية: الصُّلح على الإنكار، فينظر: إن جرى على غير المُدَّعى، فهو باطل. وصورة الصُّلح على الإنكار، أن يدَّعي عليه داراً مثلاً، فينكر، ثمَّ يتصالحا على ثوب أو دين. ولا يكون طلبُ الصُّلح منه إقراراً، لأنَّه ربَّما يريد قطعَ الخصومة، هذا إذا قال: صالحني مطلقا، أو صالحني عن دعواك.

(٤) يعني: «الصلح جائز ...» هو استدلَّ بآخر الحديث، فهذا الصُّلحُ غيرُ جائزٍ عنده؛ لأنَّه صُلحٌ أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً، وذلك حرام.

(٥) أي: الصُّلحُ مع إنكار.

فإنْ وَقَعَ الصُّلحُ عن إقرارٍ اعتُبِرَ فيه ما يُعتَبَرُ في البِياعاتِ إنْ وَقَعَ عن مالٍ بِمالٍ، فَتَجري فيه الشُّفعةُ إذا كان عقاراً، ويُرَدُّ بالعَيبِ، ويَثبُتُ فيه خيارُ الرُّؤيةِ والشَّرطِ، ويُفسِدُهُ جَهالةُ البَدَلِ، وإنْ وَقَعَ عن مالٍ بِمَنافِعَ يُعتَبَرُ بِالإجارات.

الصِّفةِ؛ لأنَّ البدَلَ كان حلالاً على الدَّافعِ حَراماً على الآخِذِ، فَينقلِبُ الأمرُ[1]، ولأنَّ المُدَّعى عليه يدفعُ المالَ لِقَطعِ الخُصومةِ عن نفسه، وهذا رِشوةٌ.

ولنا: ما تَلَونا، وأوَّلُ ما روينا، وتأويلُ آخِرِهِ: أحَلَّ حراماً لِعَينِهِ كالخَمرِ، أو حرَّمَ حلالاً لِعَينِهِ كالصُّلحِ على أنْ لا يطأَ الضَّرَّةَ. ولأنَّ هذا صُلحٌ بعدَ دعوى صحيحةٍ، فَيُقضَى بِجَوازِهِ؛ لأنَّ المُدَّعي يأخذُهُ عِوَضاً عن حقِّهِ في زَعمِهِ، وهذا مشروعٌ، والمُدَّعَى عليه يَدفَعُهُ لِدَفعِ الخُصومةِ عن نفسِهِ، وهذا مشروعٌ أيضاً إذِ المالُ وِقايةُ الأنفسِ، ودَفعُ الرِّشوةِ لِدَفعِ الظُّلمِ أمرٌ جائزٌ.

قال: (فإنْ وَقَعَ الصُّلحُ عن إقرارٍ اعتُبِرَ فيه ما يُعتَبَرُ في البِياعاتِ إنْ وَقَعَ عن مالٍ بِمالٍ)؛ لِوُجودِ معنى البيعِ، وهو مبادلةُ المالِ بالمالِ في حقِّ المُتعاقِدَينِ بِتَراضِيهما، (فتجري فيه الشُّفعةُ إذا كان عقاراً، ويُرَدُّ بالعَيبِ، ويَثبُتُ فيه خيارُ الرُّؤيةِ والشَّرطِ، ويُفسِدُهُ جَهالةُ البَدَلِ)؛ لأنَّها هي المُفضِيةُ إلى المُنازَعةِ دونَ جَهالةِ المُصالَحِ عنه؛ لأنَّه[2] يَسقُطُ، ويُشترطُ القُدرةُ على تَسليمِ البَدَلِ.

(وإنْ وَقَعَ عن مالٍ بِمَنافِعَ يُعتَبَرُ بِالإجارات)؛ لِوُجودِ معنى الإجارة، وهو تمليكُ المَنافعِ بمالٍ، والاعتبارُ في العقودِ لِمَعانيها، فَيُشتَرَطُ التَّوقيتُ فيها. ويَبطُلُ الصُّلحُ بموتِ أحدِهِما في المُدَّةِ؛ لأنَّه إجارةٌ.

---

(١) أي: يصيرُ حراماً على الدَّافع، حلالاً على الآخذ.

(٢) أي: المصالَحُ عنه.

والصُّلحُ عنِ السُّكوتِ والإنكارِ في حَقِّ المُدَّعَى عليه لافتِداءِ اليَمينِ وقَطْعِ الخُصومةِ، وفي حَقِّ المُدَّعَى بِمَعنى المُعاوَضَةِ. ويَجُوزُ أنْ يَختَلِفَ حُكمُ العَقدِ في حَقِّهما كما يَختلِفُ حُكمُ الإقالةِ في حقِّ المُتعاقِدَينِ وغَيرِهما. وإذا صالَحَ عن دارٍ لم يَجِبْ فيها الشُّفعَةُ. وإذا كانَ الصُّلحُ عن إقرارٍ، واستُحِقَّ بعضُ المُصالَحِ عنه، رجَعَ المُدَّعَى عليه بِحِصَّةِ ذلك مِنَ العِوَضِ.

(والصُّلحُ عنِ السُّكوتِ والإنكارِ في حَقِّ المُدَّعَى عليه لافتِداءِ اليَمينِ وقَطْعِ الخُصومةِ، وفي حَقِّ المُدَّعَى بِمَعنى المُعاوَضَةِ) لِما بيَّنَّا[1].

(ويَجُوزُ أنْ يَختَلِفَ حُكمُ العَقدِ في حَقِّهما[2] كما يَختلِفُ حُكمُ الإقالةِ في حقِّ المُتعاقِدَينِ وغَيرِهما[3])، وهذا[4] في الإنكار ظاهرٌ، وكذا في السُّكوتِ؛ لأنَّهُ يَحتمِلُ الإقرارَ والجُحودَ، فلا يَثبُتُ كونُهُ عِوَضاً في حقِّهِ[5] بالشَّكِّ.

قال: (وإذا صالَحَ عن دارٍ لم يَجِبْ فيها الشُّفعَةُ)، معناه: إذا كان عن إنكارٍ أو سكوتٍ؛ لأنَّه يأخُذُها على أصلِ حقِّهِ، ويَدفَعُ المالَ دَفعاً لِخُصومةِ المُدَّعي، وزَعمُ المُدَّعي لا يَلزَمُهُ.

بخلافِ ما إذا صالَحَ على دارٍ، حيثُ يجبُ فيها الشُّفعةُ؛ لأنَّ المُدَّعي يَأخذُها عِوَضاً عن المال، فكان مُعاوَضَةً في حقِّه، فتلزَمُهُ الشُّفعةُ بإقرارِهِ وإنْ كان المُدَّعَى عليه يُكذِّبُه.

قال: (وإذا كانَ الصُّلحُ عن إقرارٍ، واستُحِقَّ بعضُ المُصالَحِ عنه، رجَعَ المُدَّعَى عليه بِحِصَّةِ ذلك مِنَ العِوَضِ)؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ مُطلَقَةٌ كالبيع، وحكمُ الاستحقاقِ في البيع هذا.

---

(١) من أنَّ المُدَّعي يأخذُهُ عِوَضاً في زَعمِهِ.

(٢) أي: حكمُ عقدِ الصُّلحِ في حقِّ المدَّعي والمدَّعى عليه.

(٣) فإنَّها فسخٌ في حقِّهما، بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ.

(٤) أي: كونُ الصُّلحِ مع الإنكارِ لافتداءِ اليمينِ أو قَطعِ الخُصومةِ ظاهرٌ.

(٥) أي: في حقِّ المدَّعى عليه.

وإنْ وَقَعَ الصُّلحُ عن سُكوتٍ أو إنكارٍ، فاستُحِقَّ المُتَنازَعُ فيه، رجَعَ المُدَّعِي بالخُصُومةِ وَرَدَّ العِوَضَ، ....

(وإنْ وَقَعَ الصُّلحُ عن سُكوتٍ أو إنكارٍ، فاستُحِقَّ المُتَنازَعُ فيه، رجَعَ المُدَّعِي بالخُصُومةِ[١] وَرَدَّ العِوَضَ)؛ لأنَّ المُدَّعى عليه ما بذَلَ العِوَضَ إلَّا لِيَدفَعَ خُصومتَهُ عن نفسِهِ، فإذا ظهَرَ الاستحقاقُ تبيَّنَ أنْ لا خُصومةَ له، فيبقى العِوَضُ في يدِهِ غيرَ مُشتمِلٍ على غَرَضِهِ، فيستردُّهُ، وإنِ استُحِقَّ بعضُ ذلك[٢] رَدَّ حِصَّتَهُ ورَجَعَ بالخُصومةِ فيه؛ لأنَّه خَلا العِوَضُ في هذا القَدرِ عن الغَرَضِ.

ولو استُحِقَّ المُصالَحُ عليه عن إقرارٍ، رجَعَ بكلِّ المُصالَحِ عنه لأنَّه مبادَلَةٌ، وإنِ استُحِقَّ بعضُهُ رجَعَ بحصَّتِهِ.

وإنْ كان الصُّلحُ عن إنكارٍ أو سكوتٍ، رجَعَ إلى الدَّعوى في كلِّهِ أو بِقَدْرِ المُستَحَقِّ إذا استُحِقَّ بعضُهُ؛ لأنَّ المُبدَلَ فيه هو الدَّعوى، وهذا بخلافِ ما إذا باعَ منه على الإنكارِ شيئاً[٣]، حيثُ يرجعُ بالمُدَّعى؛ لأنَّ الإقدامَ على البيعِ إقرارٌ منه بالحقِّ له، ولا كذلك الصُّلحُ؛ لأنَّه قد يقعُ لِدَفعِ الخُصومةِ.

ولو هَلَكَ بدلُ الصُّلحِ قبلَ التَّسليمِ[٤]، فالجوابُ فيه[٥] كالجوابِ في الاستحقاقِ في الفَصلين[٦].

---

(١) أي: رجَعَ المدَّعي على المستَحِقِّ؛ لأنَّه قام مقام المُدَّعى عليه. بناية.

(٢) أي: بعضُ المصالَحِ عنه.

(٣) وذلك كأن يدَّعي داراً فيُنكِرَ المدَّعى عليه، ثمَّ يصالحُ عن هذه الدَّعوى على عبد، ويقول: «بعتُكَ هذا العبدَ بهذه الدَّارِ»، ثمَّ تُستَحقُّ الدَّارُ، فإنَّ المدَّعي يرجعُ على المدَّعى عليه بما ادَّعى لا بالدَّعوى؛ لأنَّ إقدامَ المُدَّعى عليه على البيع إقرارٌ منه بالحقِّ للمدَّعي، إذِ الإنسانُ لا يشتري مِلكَ نفسِهِ، فكان حكمُهُ حكمَ البيعِ، ولا كذلك الصُّلحُ لأنَّه قد يقع لِدَفعِ الخُصومة. عناية.

(٤) أي: إلى المدَّعي.

(٥) أي: في الهلاك.

(٦) أي: في فصل الإقرار والإنكار.

وإنِ ادَّعَى حقَّاً في دارٍ ولم يُبيِّنْهُ، فَصُولِحَ مِنْ ذلك، ثمَّ استُحِقَّ بعضُ الدَّارِ، لم يَرُدَّ شيئاً من العِوَضِ؛ لأنَّ دَعواهُ يَجوزُ أنْ يكونَ فيما بَقِيَ.

قال: (وإنِ ادَّعَى حقَّاً في دارٍ ولم يُبيِّنْهُ، فَصُولِحَ مِنْ ذلك، ثمَّ استُحِقَّ بعضُ الدَّارِ، لم يَرُدَّ شيئاً من العِوَضِ؛ لأنَّ دَعواهُ يَجوزُ أنْ يكونَ فيما بَقِيَ)، بخلافِ ما إذا استُحِقَّ كلُّهُ؛ لأنَّه يَعرَى العِوَضُ عند ذلك عن شيءٍ يُقابِلُه، فيرجعُ بكلِّهِ على ما قدَّمناه في البيوع[1].

ولوِ ادَّعى داراً فصالَحَهُ على قِطعةٍ منها، لم يَصِحَّ الصُّلحُ؛ لأنَّ ما قبَضَهُ من عينِ حقِّهِ، وهو على دعواه في الباقي[2]. والوجهُ فيه[3] أحدُ أمرين:

- إمَّا أن يَزِيدَ درهماً في بدلِ الصُّلحِ، فيصيرَ ذلك عِوَضاً عن حقِّه فيما بقي.
- أو يُلحِقَ به ذِكرَ البراءةِ عن دعوى الباقي[4].

---

(١) انظر باب الاستحقاق ص (١٥٣).

(٢) وقيَّدَ بقوله: «على قطعة منها» لأنَّ الصُّلحَ إذا وقع على بيتٍ معلومٍ من دارٍ أخرى، صحَّ لكونه حينئذٍ بَيعاً، وكذا لو كان على سُكنى بيتٍ معيَّنٍ من غيرِها؛ لكونِهِ إجارةً، حتَّى يُشتَرَطُ كونُ المُدَّةِ معلومةً، ولو أراد المُدَّعي أن يدَّعي البقيَّةَ لم يكنْ له ذلك لِوُصولِ كلِّ حقِّهِ إليه باعتبارِ بدلِهِ عيناً أو منفعةً. عناية.

(٣) أي: والحيلةُ في جعلِ هذا الصُّلح صحيحاً.

(٤) مثلُ أن يقول: «بَرِئتَ من دعوايَ في هذه الدَّار» فإنَّه يصحُّ لمصادَفةِ البراءةِ الدَّعوى، وهو صحيحٌ، حتَّى لو ادَّعى بعد ذلك وجاء ببينةٍ، لم تقبل. عناية.

فصل

والصُّلحُ جائزٌ عن دَعوى الأموالِ والمَنافعِ، ويَصِحُّ عن جنايةِ العَمدِ والخطأ،

(فصل)

في الصلح عن دعوى المال

(والصُّلحُ جائزٌ عن دَعوى الأموالِ)؛ لأنَّه في معنى البيعِ[1] على ما مرَّ.

قال: (والمَنافعِ[2])؛ لأنَّها تُملَكُ بِعَقدِ الإجارةِ، فكذا بالصُّلحِ، والأصلُ فيه: أنَّ الصُّلحَ يَجِبُ حَمْلُه على أقربِ العقودِ إليه وأشبَهِها به، احتيالاً لتصحيحِ تصرُّفِ العاقدِ ما أمكن.

الصلح عن جناية العمد والخطأ

قال: (ويَصِحُّ عن جنايةِ العَمدِ والخطأ)، أمَّا الأوَّل فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ﴾ [البَقَرَة: ١٧٨] الآية، قال ابن عباس رضي الله عنهما: إنَّها نزلت في الصُّلحِ عن دمِ العَمدِ، وهو بمنزلة النِّكاح[3]، حتَّى إنَّ ما صَلُحَ مُسمًّى فيه صَلُح بدلاً هاهنا، إذْ كلُّ واحدٍ منهما مبادلةُ المالِ بغير المالِ، إلَّا أنَّ عند فسادِ التَّسميةِ[4] هنا يُصارُ إلى الدِّيةِ؛ لأنَّها مُوجَبُ الدَّمِ.

---

(١) فما جاز بيعُه جاز الصُّلحُ عنه. بناية.

(٢) بالجرِّ، عطفٌ على «الأموال»، والتقدير: والصُّلحُ جائزٌ عن دعوى المنافعِ. صورته: ادَّعى في دارٍ السُّكنى سنةً وصيَّةً، فصالحه الورثةُ على شيءٍ جاز؛ لأنَّ أخذَ العِوَضَ عن المنافع جائزٌ بالإجارة، فكذا بالصُّلح. بناية.

(٣) إشارةٌ إلى أقربِ عَقدٍ يُحمَلُ عليه الصُّلحُ عن دَمِ العَمدِ، فإنَّه في معنى النِّكاح من حيثُ إنَّ كلَّ واحدٍ منهما مبادلةُ المالِ بغير المال، ومن حيثُ إنَّ كلَّ واحد منهما لا يَحتمِلُ الفَسخَ بالتَّراضي، وإذا كان في معناه فما صَلُح أن يكونَ مُسمًّى في النِّكاح صلُحَ هاهنا، فلو صالحه على سُكنى دارٍ أو خدمةِ عبدٍ سنةً جازَ؛ لأنَّ المنفعةَ المعلومةَ صَلُحَت صداقاً، فكذا بدلاً في الصُّلح. عناية.

(٤) بسبب الجهالة الفاحشةِ في المصالح عليه، أو بسبب تسمية ما ليس بمالٍ متقوِّم.

ولو صالَحَ على خَمرٍ لا يجبُ شيءٌ[1]؛ لأنَّه لا يجبُ بِمُطلَقِ العفو.

وفي النِّكاحِ يجبُ مَهرُ المِثلِ في الفَصلينِ[2]؛ لأنَّه[3] المُوجَبُ الأصليُّ، ويجبُ مع السُّكوتِ عنه حُكماً.

ويدخلُ في إطلاقِ جوابِ الكتابِ[4] الجنايةُ في النَّفسِ وما دونَها.

وهذا[5] بخلافِ الصُّلحِ عن حقِّ الشُّفعةِ على مالٍ[6]، حيثُ لا يصحُّ؛ لأنَّه حقُّ التَّملُّكِ، ولا حقَّ في المَحلِّ قبلَ التَّملُّك.

وأمَّا القِصاصُ فَمِلْكُ المَحلِّ في حقِّ الفعلِ[7]، فيصحُّ الاعتياضُ عنه[8].

وإذا لم يصحَّ الصُّلحُ[9] تَبطُلُ الشُّفعةُ؛ لأنَّها تَبطُلُ بالإعراضِ والسُّكوتِ.

والكفالةُ بالنَّفسِ[10] بمنزلةِ حقِّ الشُّفعةِ، حتَّى لا يَجِبُ المالُ بالصُّلحِ عنه، غيرَ أنَّ في بطلانِ الكفالةِ روايتين على ما عُرِف في موضعه[11].

---

(١) معناه: أنَّه لمَّا لم يُسمِّ مالاً متقوِّماً، صار ذِكرُهُ والسُّكوتُ عنه سيَّان، ولو سكتَ بعدَ العفوِ مطلقاً لا يجب فيه شيء، فيقامُ ذِكرُ الخمرِ مقامَ السُّكوتِ بعد العفو، وبالسُّكوتِ بعدَ العَفوِ لا يجب شيءٌ. بناية.

(٢) فَصلُ فسادِ التَّسميةِ للجهالة، وفصلُ ذكرِ ما لا يصلحُ مهراً.

(٣) أي: مَهرُ المِثل.

(٤) وهو قوله: «ويصحُّ عن جناية العَمدِ والخطأ».

(٥) أي: الصُّلحُ عن جناية العمد.

(٦) وذلك بأن يصالح المشتري الشَّفيعَ على أن يتركَ الشُّفعةَ مقابِلَ مالٍ يدفعُه المشتري له.

(٧) أي: في حقِّ فعلِ القصاصِ. بناية.

(٨) أي: صحَّ الصُّلحُ عنه؛ لأنَّه أخَذَ العِوَضَ عمَّا هو ثابتٌ له في المحلِّ. عناية بتصرف.

(٩) يعني: عن حقِّ الشُّفعة.

(١٠) يعني: إذا كفَلَ عن نفسِ رجلٍ، فجاء المكفولُ وصالحَ الكفيلَ على شيءٍ من المالِ على أن يأخذَهُ المَكفولُ له ويخرجَ الكفيلُ عن الكفالةِ، لا يصحُّ الصُّلح. عناية.

(١١) قال في العناية: في رواية كتاب الشُّفعةِ والحَوالةِ والكفالةِ تبطلُ، وهو رواية أبي حفص، وبه يُفتى لأنَّ السُّقوطَ لا يتوقَّفُ على العِوَض، وإذا سقَطَت لا تعودُ.

وفي الصُّلحِ من روايةِ أبي سليمان لا تبطلُ؛ لأنَّ الكفالةَ بالنَّفسِ، وقد تكونُ مُوصِلةً إلى المال، فأخذت حُكمَهُ من هذا الوجه، فإذا رضي أن يَسقُطَ حقُّه بِعِوَضٍ لم يسقط مجَّاناً.

ولا يَجوزُ الصُّلحُ عن دَعوى حَدٍّ. ....

وأمَّا الثَّاني: وهو جنايةُ الخَطأ، فلأنَّ مُوجَبَها المالُ، فيصيرُ بمنزلةِ البيع، إلَّا أنَّه لا تصحُّ الزِّيادةُ على قَدْرِ الدِّيةِ؛ لأنَّه مُقدَّر شرعاً، فلا يجوزُ إبطالُهُ، فَتُرَدُّ الزِّيادةُ، بخلاف الصُّلحِ عن القِصاصِ، حيثُ تجوزُ الزِّيادةُ على قَدْرِ الدِّيةِ؛ لأنَّ القِصاصَ ليس بمالٍ، وإنَّما يَتقوَّمُ بالعقد[1]، وهذا[2] إذا صالَحَ على أحدِ مَقاديرِ الدِّيةِ[3]، أمَّا إذا صالَحَ على غيرِ ذلك، جاز لأنَّه مبادلةٌ بها[4]، إلَّا أنَّه يُشتَرَطُ القبضُ في المجلسِ كي لا يكونَ افتراقاً عن دَينٍ بِدَينٍ[5].

ولو قَضَى القاضي بأحَدِ مَقاديرِها، فصالَحَ على جنسٍ آخَرَ منها بالزِّيادة[6] جازَ؛ لأنَّه تعيَّنَ الحَقُّ بالقضاءِ، فكان مبادلةً، بخلاف الصُّلحِ ابتداءً[7]؛ لأنَّ تَراضيهما على بعضِ المقاديرِ بمنزلةِ القَضاءِ في حقِّ التَّعيين[8]، فلا تجوزُ الزِّيادةُ على ما تَعيَّن.

الصلح عن دعوى الحد

قال: (ولا يَجوزُ الصُّلحُ عن دَعوى حَدٍّ)؛ لأنَّه حقُّ اللهِ تعالى لا حَقُّه، ولا يجوزُ الاعتياضُ عن حقِّ غيرِهِ، ولهذا لا يجوزُ الاعتياضُ إذا ادَّعتِ المرأةُ نسَبَ وَلَدِها؛ لأنَّه حقُّ الولدِ لا حقُّها.

---

(١) لأنَّ المال لم يجب بالعمد وإنَّما وجب بالعقدِ كالنِّكاح، فيقوَّمُ بِقَدْرِ ما وقع عليه العقدُ قلَّ أو كَثُر. بناية.

(٢) أي: عدم صحَّةِ الزِّيادةِ على قدر الدِّيةِ.

(٣) كالإبلِ والذَّهب والفضَّةِ.

(٤) أي: مبادلة بالدِّية. بناية.

(٥) أي: دينِ الدِّيةِ بدينِ بدلِ الصُّلحِ. عناية.

(٦) مِثلُ أن يقضي بمائة من الإبل، ثمَّ صالحَ أولياءُ القَتيلِ على أكثر من مائتي بقرة، جاز.

(٧) أي: بخلاف الصُّلحِ بالزِّيادة على قَدْرِ الدِّية ابتداءً، فإنَّه لا يصحُّ.

(٨) ومعلوم أنَّ القاضي لو قضى بأحدِ المقاديرِ زيادةً على مقدارِ الدِّيةِ لم يجز، فكذا هذا. عناية.

وإذا ادَّعَى رجلٌ على امرأةٍ نكاحاً، وهي تَجْحَدُ، فصالَحَتْهُ على مالٍ بَذَلَتْهُ حتَّى يَترُكَ الدَّعوى، جازَ، وكان في معنى الخُلْعِ. وإذا ادَّعتِ امرأةٌ على رجلٍ نِكاحاً، فَصالَحَها على مالٍ بَذَلَه لها، جاز. وإنِ ادَّعَى على رَجلٍ أنَّهُ عَبدُهُ، فَصالَحَهُ على مالٍ أعطاهُ، جازَ، وكان في حقِّ المُدَّعي بِمَنزلةِ الإعتاقِ على مالٍ. ....

وكذا لا يجوزُ الصُّلح عمَّا أشْرَعَه إلى طريقِ العامَّةِ؛ لأنَّه حقُّ العامَّةِ، فلا يجوزُ أنْ يُصالَحَ واحدٌ على الانفرادِ عنه.

ويدخلُ في إطلاقِ الجوابِ حدُّ القَذفِ؛ لأنَّ المُغَلَّبَ فيه حقُّ الشَّرع.

قال: (وإذا ادَّعَى رجلٌ على امرأةٍ نكاحاً، وهي تَجْحَدُ، فصالَحَتْهُ على مالٍ بَذَلَتْهُ حتَّى يَترُكَ الدَّعوى، جازَ، وكان في معنى الخُلْعِ)؛ لأنَّه أمكَنَ تصحيحُهُ خُلْعاً في جانبِهِ بناءً على زَعمِهِ، وفي جانِبِها بَذْلاً للمال لِدَفعِ الخُصومةِ. قالوا: ولا يَحِلُّ له أن يأخذَ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مُبطِلاً في دعواه.

قال: (وإذا ادَّعتِ امرأةٌ على رجلٍ نِكاحاً، فَصالَحَها على مالٍ بَذَلَه لها، جاز)، قال رضي الله عنه: هكذا ذَكَر في بعض نسخ المختصر، وفي بعضها قال: لم يَجُزْ.

وجهُ الأوَّل: أن يُجعَلَ زيادةً في مَهرِها.

وجهُ الثَّاني: أنَّه بذَلَ لها المالَ لِتَترُكَ الدَّعوى، فإنْ جُعِلَ تَرْكُ الدَّعوى منها فُرقَةً، فالزَّوجُ لا يُعطِي العِوَضَ في الفُرقةِ، وإنْ لم يُجعَلْ فالحالُ على ما كانَ عليه قبلَ الدَّعوى، فلا شيءَ يُقابِلُه العِوَضُ، فلم يصحَّ.

قال: (وإنِ ادَّعَى على رَجلٍ أنَّهُ عَبدُهُ، فَصالَحَهُ على مالٍ أعطاهُ، جازَ، وكان في حقِّ المُدَّعي بِمَنزلةِ الإعتاقِ على مالٍ)؛ لأنَّه أمكَنَ تصحيحُهُ على هذا الوجهِ في حقِّهِ لِزَعمِهِ. ولهذا يصحُّ على حيوانٍ في الذِّمَّةِ إلى أجلٍ، وفي حقِّ المُدَّعى عليه يكون لِدَفعِ الخُصومةِ؛ لأنَّه يَزعُمُ أنَّه حُرُّ الأصلِ، فجاز، إلَّا أنَّه لا وَلاءَ له لإنكارِ العبدِ، إلَّا أن يُقيمَ البيِّنةَ فَتُقبلُ ويَثبُتُ الوَلاءُ.

وإذا قَتَلَ العبدُ المَأذونُ له رجلاً عَمداً، لم يَجُزْ له أنْ يُصالِحَ عن نَفسِهِ، وإنْ قَتَلَ عبدٌ له رجلاً عَمْداً فَصَالَحَهُ عنه جاز. ومَنْ غَصَبَ ثوباً يهوديّاً، قيمتُهُ دونَ المائةِ، فاستَهْلَكَهُ، فصَالَحَهُ منها على مائةِ درهمٍ، جازَ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يَبْطُلُ الفَضلُ على قيمتِهِ بما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه. ....

قال: (وإذا قَتَلَ العبدُ المَأذونُ له رجلاً عَمداً، لم يَجُزْ له أنْ يُصالِحَ عن نَفسِهِ، وإنْ قَتَلَ عبدٌ له[1] رجلاً عَمْداً فَصَالَحَهُ عنه جاز).

ووجهُ الفَرقِ: أنَّ رقَبَتَه ليست من تجارته، ولهذا لا يَملِكُ التَّصرُّفَ فيها بيعاً، فكذا استِخلاصاً بمالِ المَولَى، وصارَ كالأجنبيِّ، أمَّا عبدُهُ فَمِنْ تجارتِهِ وتَصرُّفُه فيه نافذٌ بيعاً، فكذا استخلاصاً، وهذا لأنَّ المُستحَقَّ كالزَّائلِ عن مِلكِهِ، وهذا شِراؤُهُ فَيملِكُهُ.

قال: (ومَنْ غَصَبَ ثوباً يهوديّاً، قيمتُهُ دونَ المائةِ، فاستَهْلَكَهُ، فصَالَحَهُ منها على مائةِ درهمٍ، جازَ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يَبْطُلُ الفَضلُ على قيمتِهِ بما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه)؛ لأنَّ الواجبَ هي القيمةُ، وهي مُقدَّرةٌ، فالزِّيادةُ عليها تكون رباً، بخلاف ما إذا صالَحَ على عَرَضٍ؛ لأنَّ الزِّيادةَ لا تَظهَرُ عندَ اختلافِ الجنسِ، وبخلاف ما يَتغابَنُ النَّاسُ فيه؛ لأنَّه يدخلُ تحتَ تَقويمِ المُقوِّمينَ، فلا تَظهَرُ الزِّيادةُ.

ولأبي حنيفة: أنَّ حقَّه[2] في الهالِكِ باقٍ، حتَّى لو كان[3] عبداً وتَرَكَ المولى أَخْذَ القيمةِ، يكونُ الكفَنُ عليه، أو حقه في مثله[4] صورةً ومعنىً؛ لأنَّ ضمانَ العُدوانِ بالمِثلِ، وإنَّما يَنتقِلُ إلى القيمةِ بالقضاءِ، فَقَبْلَه إذا تراضيا على الأكثرِ كان

---

(١) أي: عبدٌ للعبد المأذونِ له.
(٢) أي: حقُّ المالك.
(٣) أي: الهالكُ.
(٤) أي: أو حقُّ المغصوب منه في مثلِ الهالك.

وإذا كان العبدُ بينَ رجلَينِ أعتَقَهُ أحَدُهما وهو مُوسِرٌ، فَصَالَحَهُ الآخَرُ على أكثَرَ مِنْ نِصفِ قِيمَتِهِ، فالفَضْلُ باطلٌ، وإنْ صالَحَهُ على عُرُوضٍ جازَ.

اعتياضاً، فلا يكون رِباً، بخلاف الصُّلحِ بعد القضاءِ؛ لأنَّ الحقَّ قد انتقل إلى القيمة.

قال: (وإذا كان العبدُ بينَ رجلَينِ أعتَقَهُ أحَدُهما وهو مُوسِرٌ، فَصَالَحَهُ الآخَرُ على أكثَرَ مِنْ نِصفِ قِيمَتِهِ، فالفَضْلُ باطلٌ)، وهذا بالاتِّفاق، أمَّا عندهما فلِما بيَّنَّا[١].

والفرقُ[٢] لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أنَّ القيمةَ في العِتقِ منصوصٌ عليها[٣]، وتقديرُ الشَّرعِ لا يكونُ دونَ تقديرِ القاضي، فلا يجوزُ الزِّيادةُ عليه، بِخلافِ ما تقدَّمَ[٤]، لأنَّها[٥] غيرُ منصوصٍ عليها، (وإنْ صالَحَهُ على عُرُوضٍ جازَ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّه لا يَظهَرُ الفَضلُ[٦]، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) في المسألة المتقدِّمةِ من أنَّه يبطل الفضلُ بالغَبنِ الفاحشِ؛ لكونه رباً. بناية.

(٢) أي: بين المسألتين.

(٣) أراد ما أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، واللفظ لمسلم، عن أبي هريرة عن النبي قال: «مَن أعتَقَ شِقْصاً له في عبدٍ، فَخَلاصُهُ في ماله إن كان له مالٌ، فإن لم يكن له مالٌ استسعى العبدَ غيرَ مَشقُوقٍ عليه».

(٤) أي: في مسألة الثَّوب المُستهلَك.

(٥) أي: القيمةُ.

(٦) أي: عند اختلاف الجنسِ، فلا يتحقَّقُ الرِّبا. بناية.

باب التبرع بالصلح والتوكل به

وَمَنْ وَكَّلَ رجلاً بالصُّلحِ عنه فَصَالَحَ، لم يَلْزَمِ الوَكيلَ ما صَالَحَ عنهُ إِلَّا أنْ يَضْمَنَهُ، والمالُ لازِمٌ لِلمُوكِّلِ، وإِنْ صالَحَ عنه رجلٌ بِغَيرِ أمرِهِ، فهو على أربعةِ أُوجُه: إنْ صالَحَ بِمَالٍ وضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلحُ، ....

(باب التبرع بالصلح والتوكل به)

قال: (ومَنْ وَكَّلَ رجلاً بالصُّلحِ عنه فَصَالَحَ، لم يَلْزَمِ الوَكيلَ ما صَالَحَ عنهُ إلَّا أنْ يَضْمَنَهُ، والمالُ لازِمٌ لِلمُوكِّلِ).

وتأويلُ هذه المسألةِ: إذا كان الصُّلحُ عن دمِ العَمدِ، أو كان الصُّلحُ عن بعضِ ما يدَّعيهِ من الدَّينِ؛ لأنَّه إسقاطٌ مَحضٌ، فكان الوكيلُ فيه سَفيراً ومُعبِّراً فلا ضَمانَ عليه، كالوكيلِ بالنِّكاحِ، إلَّا أنْ يَضْمَنَه؛ لأنَّه حينئذٍ هو مُؤاخَذٌ بِعَقدِ الضَّمانِ لا بِعَقدِ الصُّلحِ، أمَّا إذا كان الصَّلحُ عن مالٍ بمال، فهو بمنزلةِ البيعِ، فترجعُ الحقوقُ إلى الوكيلِ، فيكون المُطالَبُ بالمالِ هو الوكيلُ دونَ المُوكِّلِ.

قال: (وإنْ صالَحَ عنه رجلٌ بِغَيرِ أمرِهِ، فهو على أربعةِ أُوجْه):

- (إنْ صالَحَ بِمَالٍ وضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلحُ)؛ لأنَّ الحاصلَ لِلمُدَّعى عليه ليس إلَّا البَراءةُ، وفي حقِّها[1] الأجنبيُّ والمُدَّعى عليه سواءٌ، فَصَلُح[2] أصيلاً فيه إذا ضَمِنَه، كالفُضوليِّ بالخُلعِ إذا ضَمِنَ البَدَلَ، ويكونُ مُتبرِّعاً على المُدَّعى عليه، كما لو تبرَّعَ بقضاءِ الدَّينِ.

بخلاف ما إذا كان بأمرِهِ[3]، ....

---

(١) أي: في حقِّ البراءة.

(٢) أي: الأجنبيُّ.

(٣) أي: لا يكونُ المصالِحُ متبرِّعاً إن صالح بأمر المدَّعى عليه، ويرجع عليه بما ضَمِنَ.

وكذلك إنْ قال: «صالَحْتُكَ على ألفِي هذه، أو على عبدي هذا» صَحَّ الصُّلحُ ولَزِمَهُ تَسلِيمُها، وكذلك لو قال: «عَلى ألفٍ» وسَلَّمَها. ولو قال: «صالَحْتُكَ على ألفٍ» فالعَقْدُ مَوقوفٌ، فإنْ أجازَهُ المُدَّعى عليه جازَ ولَزِمَه الألفُ، وإنْ لم يُجِزْهُ بَطَلَ.

ولا يكون لهذا المصالِحِ شيءٌ من المُدَّعى[١]، وإنَّما ذلك للذي في يَدِهِ؛ لأنَّ تصحيحَهُ[٢] بطريقِ الإسقاطِ، ولا فَرْقَ في هذا بين ما إذا كان مُقِرّاً أو مُنكِراً[٣].

- (وكذلك إنْ قال: «صالَحْتُكَ على ألفِي هذه، أو على عبدي هذا» صَحَّ الصُّلحُ ولَزِمَهُ تَسلِيمُها)؛ لأنَّه لمَّا أضافَهُ[٤] إلى مالِ نَفسِهِ فقدِ التَزَمَ تَسليمَهُ، فصَحَّ الصُّلحُ.

- (وكذلك لو قال: «عَلى ألفٍ» وسَلَّمَها)؛ لأنَّ التَّسليمَ إليه يُوجِبُ سلامةَ العِوَضِ له[٥]، فيتمُّ العَقدُ لِحُصولِ مَقصودِهِ[٦].

- (ولو قال: «صالَحْتُكَ على ألفٍ» فالعَقْدُ مَوقوفٌ، فإنْ أجازَهُ المُدَّعى عليه جازَ ولَزِمَه الألفُ، وإنْ لم يُجِزْهُ بَطَلَ)؛ لأنَّ الأصلَ في العقدِ إنَّما هو المُدَّعَى عليه؛ لأنَّ دَفْعَ الخُصومةِ حاصلٌ له، إلَّا أنَّ الفُضوليَّ يصيرُ أصيلاً بواسطةِ إضافةِ الضَّمانِ إلى نفسِهِ، فإذا لم يُضِفْهُ بَقِيَ عاقداً من جهةِ المَطلوبِ، فَيتَوقَّفُ على إجازتِهِ.

قال العبد الضَّعيفُ عَصَمَهُ الله: ووَجْهٌ آخَرُ، وهو: أنْ يقولَ: «صالَحْتُكَ على هذه الألفِ، أو على هذا العبدِ» ولم يَنسِبْه إلى نفسِهِ؛ لأنَّه لمَّا عيَّنه للتَّسليمِ صار شارِطاً سلامَتَهُ له[٧]، فيتمُّ بقوله.

---

(١) أي: لا يصيرُ الدَّينُ المُدَّعى به مِلكاً للمُصالِحِ، وإنْ كان المُدَّعى عليه مُقِرّاً، وإنَّما يكون ذلك - أي الدَّين - للذي في يده، أي: في ذمَّته.

(٢) أي: تصحيح الصُّلح.

(٣) أي: في أنَّ المصالِحَ لا يَملِكُ الدَّينَ المُدَّعى به، بينَ ما إذا كان الخَصْمُ مقِرّاً أو مُنكِراً. عناية.

(٤) أي: أضاف المالَ المعقودَ عليه.

(٥) أي: للمدَّعي.

(٦) وهو سلامةُ البدل للمدَّعي.

(٧) أي: شارطاً سلامةَ المُصالَحَ عليه للمدَّعي، فيتمُّ الصُّلح.

ولو استُحِقَّ العبدُ، أو وَجَدَ به عَيباً فردَّهُ، فلا سبيلَ له على المُصالِحِ؛ لأنَّه التزَمَ الإيفاءَ من مَحَلٍّ بِعَينِهِ، ولم يَلتزِمْ شيئاً سواه، فإنْ سَلِمَ المَحلُّ له تمَّ الصُّلحُ، وإنْ لم يَسْلَمْ له لم يَرجِعْ عليه بشيءٍ[1].

بخلافِ ما إذا صالَحَ على دراهمَ مُسَمَّاةٍ، وضَمِنَها ودَفَعَها، ثمَّ استُحِقَّتْ أو وجَدَها زُيوفاً، حيثُ يَرجِعُ عليه لأنَّه جَعَلَ نفسَهُ أصيلاً في حقِّ الضَّمانِ، ولهذا يُجبَرُ على التَّسليمِ، فإذا لم يَسْلَمْ له ما سَلَّمَه يَرجِعْ عليه بِبَدلِهِ، والله أعلم بالصَّواب.

(١) أي: لم يرجع بشيء على المصالِح، ولكن يرجع إلى دعواه. بناية.

باب الصلح في الدّين

وكُلُّ شَيءٍ وَقَعَ عليه الصُّلحُ وهو مُستَحَقٌّ بِعَقدِ المُدايَنةِ، لم يُحمَلْ على المُعاوَضةِ، وإنَّما يُحمَلُ على أنَّه اسْتوفَى بعضَ حقِّهِ وأسقَطَ باقِيَهُ، كَمَنْ له على آخَرَ ألفُ درهمٍ فَصالحَهُ على خَمسمائةٍ، وكَمَنْ له على آخَرَ ألفٌ جِيادٌ فَصالحَهُ على خمسمائةٍ زُيُوفٍ، جازَ وكأنَّهُ أبرأهُ عن بَعضِ حَقِّهِ. ولو صالَحَ على ألفٍ مُؤجَّلَةٍ جازَ، وكأنَّه أجَلَّ نَفْسَ الحَقِّ، ولو صالَحَهُ على دنانيرَ إلى شَهرٍلم يَجُزْ، ....

(باب الصلح في الدَّين)

(وكُلُّ شَيءٍ وَقَعَ عليه الصُّلحُ وهو مُستَحَقٌّ بِعَقدِ المُدايَنةِ، لم يُحمَلْ على المُعاوَضةِ[1]، وإنَّما يُحمَلُ على أنَّه اسْتَوفَى بعضَ حقِّهِ وأسقَطَ باقِيَهُ، كَمَنْ له على آخَرَ ألفُ درهمٍ فَصالحَهُ على خَمسمائةٍ، وكَمَنْ له على آخَرَ ألفٌ جِيادٌ فَصالحَهُ على خَمسمائةٍ زُيُوفٍ، جازَ وكأنَّهُ أبرأهُ عن بَعضِ حَقِّهِ)، وهذا لأنَّ تَصرُّفَ العاقلِ يُتَحرَّى تَصحيحُهُ ما أمكن، ولا وَجْهَ لِتَصحيحِهِ مُعاوَضةً لإفضائِهِ إلى الرِّبا، فَجُعِلَ إسقاطاً للبعض في المسألةِ الأولى، وللبعضِ والصِّفةِ في الثَّانية.

(ولو صالَحَ على ألفٍ مُؤجَّلَةٍ جازَ، وكأنَّه أجَلَّ نَفْسَ الحَقِّ)؛ لأنَّه لا يُمكِنُ جعلُهُ مُعاوضَةً؛ لأنَّ بيعَ الدَّراهمِ بِمِثلِها نَسيئةً لا يجوزُ، فحملناه على التَّأخير.

(ولو صالَحَهُ على دنانيرَ إلى شَهرٍ[2] لم يَجُزْ)؛ لأنَّ الدَّنانيرَ غيرُ مُستَحَقَّةٍ بِعَقدِ المُداينةِ، فلا يُمكِنُ حَملُهُ على التَّأخيرِ، ولا وجهَ له سوى المُعاوضةِ، وبيعُ الدَّراهمِ بالدَّنانيرِ نسيئةً لا يجوزُ، فلم يصحَّ الصُّلحُ.

---

(١) لما فيه من الرِّبا. بناية.

(٢) أي: لو صالَحَ الطَّالبُ المطلوبَ عن الدَّراهمِ الحالَّةِ على دنانيرَ مؤجَّلةٍ. بناية.

ولو كانتْ لَهُ ألفٌ مُؤجَّلَةٌ فَصالحَهُ على خَمسمائةٍ حالَّةٍ لم يَجُزْ، وإنْ كانَ له ألفٌ سُودٌ، فَصالَحَهُ على خَمسمائةٍ بِيْضٍ، لم يَجُزْ. ومَنْ له على آخَرَ ألفُ درهمٍ، فقال: «أدِّ إليَّ غداً منها خَمسمائةٍ على أنَّكَ بَرِيءٌ من الفَضلِ» فَفَعَلَ فهو بَرِيءٌ، فإنْ لم يدفعْ إليه الخَمسَمائةِ غداً عادَ عليه الألفُ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد

(ولو كانتْ لَهُ ألفٌ مُؤجَّلَةٌ فَصالحَهُ على خَمسمائةٍ حالَّةٍ لم يَجُزْ)؛ لأنَّ المُعجَّلَ خيرٌ من المُؤجَّلِ، وهو غيرُ مُستحَقٍّ بالعقدِ، فيكونُ بإزاءِ ما حَطَّهُ عنه، وذلك اعتياضٌ عن الأجلِ، وهو حرامٌ.

(وإنْ كانَ له ألفٌ سُودٌ، فَصالَحَهُ على خَمسمائةٍ بِيْضٍ، لم يَجُزْ)؛ لأنَّ البِيضَ غيرُ مُستحَقَّةٍ بِعَقدِ المُداينةِ، وهي زائدةٌ وَصْفاً[1]، فيكونُ مُعاوَضةَ الألفِ بِخَمسمائةٍ وزيادةِ وَصفٍ، وهو رِباً.

بخلافِ ما إذا صالَحَ عن الألفِ البِيضِ على خَمسمائةٍ سُودٍ حيثُ يجوزُ؛ لأنَّه إسقاطُ بعضِ حقِّه قَدْراً ووَصْفاً.

وبخلافِ ما إذا صالَحَ على قَدْرِ الدَّينِ، وهو أجودُ منه؛ لأنَّه مُعاوَضةُ المِثْلِ بالمِثْلِ، ولا مُعتبَرَ بالصِّفةِ، إلَّا أنَّه يُشترَطُ القبضُ في المَجلسِ.

ولو كان عليه ألفُ درهم ومائةُ دينارٍ، فصالَحَهُ على مائةِ درهمٍ حالَّةٍ، أو إلى شهرٍ، صَحَّ الصُّلحُ؛ لأنَّه أمكَنَ أن يُجعَلَ إسقاطاً للدَّنانيرِ كلِّها والدَّراهمِ إلَّا مائةً وتأجيلاً للباقي، فلا يُجعَلُ مُعاوَضةً تَصحيحاً لِلعَقدِ، أو لأنَّ معنى الإسقاطِ فيه ألزَمُ.

قال: (ومَنْ له على آخَرَ ألفُ درهم، فقال: «أدِّ إليَّ غداً منها خَمسمائةٍ على أنَّكَ بَرِيءٌ من الفَضلِ» فَفَعَلَ فهو بَرِيءٌ، فإنْ لم يدفعْ إليه الخَمسَمائةِ غداً عادَ عليه الألفُ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد).

---

[1] أي: البِيضُ زائدةٌ من حيث الوصفُ.

وقال أبو يوسف: لا يُعودُ عليه. ....

(وقال أبو يوسف: لا يُعودُ عليه)؛ لأنَّه إبراءٌ مُطلَقٌ؛ ألا ترى أنَّه جَعَل أداءَ الخَمسِمائةِ عِوَضاً حيثُ ذَكَرَهُ بكلمة «على» وهي للمُعاوضَةِ، والأداءُ لا يصحُّ عِوَضاً لكونه مُستحَقّاً عليه، فجرى وُجودُهُ مَجرَى عَدَمِه، فبقي الإبراءُ مُطلَقاً فلا يعودُ كما إذا بدأ بالإبراء.

ولهما: أنَّ هذا إبراءٌ مُقيَّدٌ بالشَّرطِ، فيفوتُ بِفَواتِهِ؛ لأنَّه بدأ بأداءِ الخمسمائةِ في الغَدِ، وأنَّه يصلُحُ غَرَضاً حِذارَ إفلاسِهِ وتَوسُّلاً إلى تجارةٍ أربَحَ منه، وكلمةُ «على» وإن كانت للمعاوضة فهي مُحتمِلَةٌ للشَّرطِ؛ لِوُجودِ معنى المُقابَلَةِ فيه، فَيُحملُ عليه عندَ تَعذُّرِ الحَملِ على المُعاوضةِ تصحيحاً لِتَصرُّفِهِ، أو لأنَّه مُتعارَفٌ، والإبراءُ مِمَّا يتقيَّدُ بالشَّرطِ وإن كان لا يتعلَّقُ به، كما في الحوالة[1]، وسنخرِّج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى.

قال العبد الضَّعيف: وهذه المسألةُ على وجوه:

أحدُها ما ذكرناه.

والثَّاني: إذا قال: «صالحتُكَ من الألفِ على خَمسمائةٍ تَدفَعُها إليَّ غداً، وأنتَ بريءٌ من الفَضلِ، على أنَّكَ إنْ لم تَدفَعْها إليَّ غداً فالألفُ عليكَ على حالِهِ».

وجوابُهُ: أنَّ الأمرَ على ما قال؛ لأنَّه أتى بصريحِ التَّقييدِ، فَيُعملُ به.

والثَّالث: إذا قال: «أبرأتُكَ من خَمسمائةٍ من الألفِ على أنْ تُعطِيَني الخَمسَمائةِ غداً»، فالإبراءُ فيه واقعٌ أعطَى الخَمسَمائة أو لم يُعطِ؛ لأنَّه أطلَقَ الإبراءَ أوَّلاً، وأداءُ الخَمسِمائةِ لا يَصلُحُ عِوَضاً مُطلَقاً، ولكنَّه يَصلُحُ شرطاً، فوقَعَ الشَّكُّ في تقييدِهِ بالشَّرطِ فلا يَتقيَّدُ به، بخلافِ ما إذا بَدَأَ بأداءِ خَمسِمائةٍ؛ لأنَّ الإبراءَ حَصَلَ

---

(١) قوله: «كما في الحوالة» متعلِّقٌ بقوله: «فيفوت بفواته»، يعني: أنَّه لمَّا كان مقيَّداً بشَرطٍ يفوتُ بِفَواتِهِ كان كالحوالة، فإنَّ براءةَ المُحيلِ مقيَّدةٌ بشرطِ السَّلامةِ، حتَّى لو ماتَ المُحالُ عليه مُفلِساً عاد الدَّينُ إلى ذمَّةِ المُحيل. عناية.

ومَنْ قال لآخَرَ: «لا أُقِرُّ لكَ بِمَالِكَ حتَّى تُؤخِّرَهُ عنِّي، أو تَحُطَّ عنِّي» فَفَعَلَ جازَ عليه.

مَقروناً به، فَمِن حيثُ إنَّه لا يَصلُحُ عِوَضاً يقعُ مُطلَقاً، ومن حيثُ إنَّه يَصلُحُ شَرْطاً لا يقعُ مُطلَقاً، فلا يَثبُتُ الإطلاقُ بالشَّكِّ فافترقا.

والرَّابع: إذا قال: «أَدِّ إليَّ خَمسَمائةٍ على أنَّك بريءٌ من الفَضلِ» ولم يُؤقِّتْ للأداء وقتاً.

وجوابه: أنَّه يصحُّ الإبراءُ ولا يَعودُ الدَّينُ؛ لأنَّ هذا إبراءٌ مُطلَقٌ؛ لأنَّه لمَّا لم يُؤَقِّتْ للأداءِ وقتاً لا يكونُ الأداءُ غَرَضاً صحيحاً؛ لأنَّه واجبٌ عليه في مُطلَقِ الأزمان، فلم يتقيَّد، بل يُحمَلُ على المُعاوضةِ ولا يَصلُحُ عِوَضاً، بخلاف ما تقدَّم[1]؛ لأنَّ الأداءَ في الغدِ غرضٌ صحيحٌ.

والخامس: إذا قال: «إن أدَّيتَ إليَّ خَمسَمائةٍ» أو قال: «إذا أدَّيتَ» أو «متى أدَّيتَ».

فالجواب فيه: أنَّه لا يصحُّ الإبراءُ؛ لأنَّه علَّقه بالشَّرطِ صريحاً، وتعليقُ البَراءاتِ بالشُّروطِ باطلٌ لِما فيها من معنى التَّمليكِ، حتَّى تَرتدُّ بالرَّدِّ، بخلاف ما تقدَّم؛ لأنَّه ما أتى بصريحِ الشَّرطِ، فحُمِلَ على التَّقييد به.

قال: (ومَنْ قال لآخَرَ: «لا أُقِرُّ لكَ بِمَالِكَ حتَّى تُؤخِّرَهُ عنِّي، أو تَحُطَّ عنِّي» فَفَعَلَ جازَ عليه)؛ لأنَّه ليس بِمُكرَهٍ، ومعنى المسألةِ إذا قال ذلك سِرّاً، أمَّا إذا قال عَلانيةً يُؤخَذُ به[2].

❊

---

(١) أي: بخلاف ما إذا وقَّتَ للأداء وقتاً، كما في قوله: «أدِّ إليَّ غداً منها خمسمائة، على أنَّك بريءٌ من الفضل». بناية.

(٢) أي: يؤخَذُ المقِرُّ بجميع المال في الحال، بلا خلاف.

فصل في الدَّين المشترك

وإذا كان الدَّينُ بينَ شَرِيكَينِ، فَصالَحَ أحَدُهما مِنْ نَصيبِهِ على ثَوبٍ، فَشَرِيكُهُ بالخيارِ: إنْ شاءَ اتَّبَعَ الذي عليه الدَّينُ بِنِصفِهِ، وإنْ شاءَ أخَذَ نِصفَ الثَّوبِ، إلَّا أنْ يَضْمَنَ له شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّينِ، ....

(فصل في الدَّين المشترك)

قال: (وإذا كان الدَّينُ بينَ شَرِيكَينِ، فَصالَحَ أحَدُهما مِنْ نَصيبِهِ على ثَوبٍ، فَشَرِيكُهُ بالخيارِ: إنْ شاءَ اتَّبَعَ الذي عليه الدَّينُ بِنِصْفِهِ، وإنْ شاءَ أخَذَ نِصفَ الثَّوبِ، إلَّا أنْ يَضْمَنَ له شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّينِ[1]).

وأصلُ هذا أنَّ الدَّينَ المُشتَرَكَ بين اثنينِ، إذا قَبَضَ أحدُهما شيئاً منه فَلِصاحبِهِ أنْ يُشارِكَهُ في المقبوضِ؛ لأنَّه ازدادَ بالقَبضِ؛ إذْ ماليَّةُ الدَّينِ باعتبارِ عاقبةِ القَبضِ[2]، وهذهِ الزِّيادةُ راجعةٌ إلى أصلِ الحقِّ، فَتَصيرُ كزيادةِ الولدِ والثَّمرةِ، فَلَه حقُّ المُشارَكةِ، ولكنَّه[3] قبلَ المُشارَكةِ باقٍ على مِلْكِ القابِضِ؛ لأنَّ العينَ غيرُ الدَّينِ حقيقةً، وقد قَبَضَه بدلاً عن حقِّهِ فيملِكُه، حتَّى يَنفُذُ تَصرُّفُه فيه، ويَضمَنُ لشريكِهِ حِصَّتَهُ.

والدَّينُ المُشتَرَكُ ما يكونُ واجباً بسببٍ متَّحِدٍ، كثَمَنِ المَبيعِ إذا كان صَفقةً

---

(١) فإن ضَمِن له شريكُهُ ربعَ الدَّينِ، فلا خيارَ لشريكِهِ في اتِّباعِ الغريمِ أو شريكِهِ القابضِ. عناية بتصرف.

(٢) في البناية: لأنَّ الدَّينَ قبل القبض وصفٌ شرعيٌّ، وبعد القبض صار عيناً منتفعاً بها قابلاً للتصرُّفات، ولأنَّ الدَّينَ ليس بمالٍ، ولهذا لو حلف على أن لا مال له ديونٌ على الناس، لا يحنثُ، وبعدما قبض صار مالاً.

(٣) أي: المقبوض قبل أن يختارَ الشَّريكُ مشاركَةَ القابضِ.
هذا جواب سؤالٍ مقدَّرٍ، وهو: لو كانت زيادةُ الدَّينِ بالقبض كزيادة الثَّمرةِ والولدِ، لَما جاز تصرُّفُ القابضِ في المقبوض، كما لا يجوزُ لأحدِ الشَّريكينِ التَّصرُّفُ في الولدِ والثَّمرةِ بغير إذن الآخَرِ. عناية.

ولو استَوفَى نِصفَ نَصيبِهِ مِنَ الدَّينِ، كانَ لِشَريكِهِ أنْ يُشارِكَهُ فيما قَبَضَ، ثُمَّ يَرجِعانِ على الغَريمِ بالباقي. ولوِ اشتَرَى أحَدُهُما بِنَصيبِهِ من الدَّينِ سِلعَةً، كان لِشَريكِهِ أنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّينِ. ....

واحدةً[1]، وثَمَنُ[2] المالِ المُشتَرَكِ، والمَورُوثُ بينهما[3]، وقِيمَةُ المُستهلَكِ المُشتَرَكِ.

إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب: له أن يَتْبَعَ الذي عليه الأصلُ[4]، لأنَّ نصيبَهُ باقٍ في ذمَّتِهِ؛ لأنَّ القابضَ قبَضَ نصيبَهُ لكن له حقُّ المشاركَةِ، وإن شاءَ أخَذَ نصفَ الثَّوبِ لأنَّ له حقَّ المشاركةِ، إلَّا أن يَضمَنَ له شريكُهُ رُبُعَ الدَّينِ؛ لأنَّ حقَّه في ذلك .

قال: (ولو استَوفَى نِصفَ نَصيبِهِ مِنَ الدَّينِ، كانَ لِشَريكِهِ أنْ يُشارِكَهُ فيما قَبَضَ) لما قلنا (ثُمَّ يَرجِعانِ على الغَريمِ بالباقي)؛ لأنَّهما لمَّا اشتركا في المقبوضِ، لا بدَّ أن يبقى الباقي على الشَّركةِ.

قال: (ولوِ اشتَرَى أحَدُهُما بِنَصيبِهِ من الدَّينِ سِلعَةً، كان لِشَريكِهِ أنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّينِ[5])؛ لأنَّه صار قابضاً حقَّه بالمُقاصَّةِ كاملاً؛ لأنَّ مَبنَى البيعِ على المُماكَسَةِ،

---

(١) أي: بأن كان لكلٍّ منهما عينٌ على حِدَةٍ، فباعا صفقةً واحدةً.
وقيَّد الصَّفقةَ بالواحدة احترازاً عمَّا إذا كان عبدٌ بين رجلين، باع أحَدُهما نصيبَهُ من رجلٍ بخمسمائة وباع الآخَرُ نصيبَهُ منه بخمسمائة، وكتَبَ عليه صكّاً واحداً بألف درهم، ثمَّ قبَضَ أحدُهُما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يُشارِكَه فيه؛ لأنَّ نصيبَ كلٍّ واحدٍ منهما وجَبَ على المطلوب بسببٍ آخَرَ، فلا تثبُتُ الشَّركةُ بينهما باتِّحاد الصَّكِّ.

(٢) بالرَّفع، والتَّقدير: والدَّينُ المشتركُ أيضاً ثمنُ المالِ المشتركِ بين الاثنين. بناية بتصرف.

(٣) أي: والثَّمنُ الموروثُ بينهما، بأن باع رجلٌ عيناً ومات قبلَ القبضِ وله وارث. بناية.

(٤) أي: للسَّاكت أن يَتبَعَ المديون. بناية.

(٥) أي: وليس الشَّريكُ مُخيَّراً بين دَفعِ رُبعِ الدَّينِ ونِصفِ الثَّوبِ، كما كان في صورة الصُّلح. ثمَّ علَّل بقوله: لأنَّه صار قابضاً ... إلخ.

بخلاف الصُّلحِ ؛ لأنَّ مَبناهُ على الإغماضِ والحَطيطةِ ، فلو ألزمناه[1] دَفْعَ رُبعِ الدَّينِ يَتضرَّرُ به، فَيَتخيَّرُ القابضُ كما ذكرنا[2]، ولا سبيلَ للشَّريكِ على الثَّوبِ في البيعِ ؛ لأنَّه مَلَكَه بِعَقدِهِ، والاستيفاءُ بالمقاصَّةِ[3] بينَ ثَمَنِهِ وبينَ الدَّينِ[4].

وللشَّريكِ أن يَتْبَعَ الغَريمَ في جميعِ ما ذكرنا[5]؛ لأنَّ حقَّه في ذمَّتِهِ باقٍ[6]؛ لأنَّ القابِضَ استوفى نصيبَهُ حقيقةً، لكن له حقُّ المُشاركةِ، فله أن لا يُشارِكَه، فلو سَلَّمَ له ما قَبَضَ ثمَّ تَوَى ما على الغَريمِ، له أن يُشارِكَ القابِضَ؛ لأنَّه رضي بالتَّسليم لِيَسلَمَ له ما في ذمَّةِ الغريمِ، ولم يَسلَمْ.

ولو وَقَعَت المُقاصَّةُ بِدَينٍ كان عليه مِنْ قَبلُ[7]، لم يَرجِعْ عليه الشَّريكُ؛ لأنَّه[8] قاضٍ بِنَصيبِهِ لا مُقتَضي. ولو أبرأه عن نَصيبِهِ فكذلك[9]؛ لأنَّه إتلافٌ وليس بِقَبضٍ[10]، ولو أبرأه عن البعضِ كانت قِسمَةُ الباقي على ما بَقِيَ من السِّهام[11].

---

(١) أي: المصالحَ في الصُّلح.

(٢) أي: في أول الفصل عند قوله: «فَصالَحَ أحَدُهما مِنْ نَصيبِهِ على ثَوبٍ ...» إلخ.

(٣) جوابٌ عن سؤال مقدَّر، هو: هَبْ أنَّه ملَكَه بِعَقدِهِ، أمَا كان ببعضِ دَينٍ مُشتركٍ، وذلك يقتضي الاشتراكَ في المقبوض؟

(٤) يعني: أنَّ الاستيفاءَ لم يقع بما هو مُشتَرَكٌ، بل بما يَخصُّه من الثَّمن بطريق المقاصَّة. عناية.

(٥) أي: من الصُّلحِ عن نصيبه على ثَوبٍ، واستيفاءِ نصيبه بالنُّقود، وشراءِ السِّلعة بنصيبه.

(٦) أي: لأنَّ حقَّ السَّاكتِ باقٍ في ذمَّةِ المديونِ.

(٧) أي: من قبلِ الدَّين المشتركِ، بأن أقرَّ أحدُ الشَّريكينِ أنَّ للمديون عليه حقّاً قبل ثبوت الدَّين المشترك. بناية.

(٨) أي: القابض.

(٩) أي: لو أبرأ أحدُ الشَّريكين المديونَ عن نصيبه من الدَّين، لم يرجع على شريكه كذلك. بناية.

(١٠) أي: لأنَّ الإبراءَ إتلافُ نصيبه، فلم يزد له شيءٌ بالبراءة، فلا يرجعُ عليه. بناية.

(١١) حتَّى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً، فأبرأ أحدُ الشَّريكينِ عن نصفِ نصيبِهِ كانت المُطالبةُ له بالخمسة، وللسَّاكتِ بالعشرة. عناية.

وإذا كانَ السَّلَمُ بينَ شَرِيكَينِ، فَصالَحَ أَحَدُهما عن نَصيبِهِ على رأسِ المالِ، لم يَجُزْ عند أبي حنيفة ومحمَّد. وقال أبو يوسف: يَجُوزُ الصُّلحُ.

ولو أَخَّر أحدُهما عن نَصيبِهِ صحَّ عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراءِ المُطلَق، ولا يصحُّ عندهما؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى قسمةِ الدَّينِ قبلَ القبضِ[1].

ولو غَصَبَ أحدُهما عيناً منه[2] أو اشتراها شراءً فاسداً، وهلَكَ في يده فهو قَبضٌ، والاستئجارُ بِنَصيبِهِ قَبضٌ[3]، وكذا الإحراقُ عند محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[4]، خلافاً لأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ، والتَّزوُّجُ به إتلافٌ[5] في ظاهر الرِّواية، وكذا الصُّلحُ عليه من جنايةِ العَمدِ[6].

قال: (وإذا كانَ السَّلَمُ بينَ شَرِيكَينِ، فَصالَحَ أَحَدُهما عن نَصيبِهِ على رأسِ المالِ، لم يَجُزْ عند أبي حنيفة ومحمَّد[7]. وقال أبو يوسف: يَجُوزُ الصُّلحُ)،

---

(١) أي: وقالا: لا يصحُّ لأنَّه يلزم قسمةُ الدَّين قبل القبضِ؛ لامتيازِ أحدِ النَّصيبينِ عن الآخَرِ باتِّصافِ أحدِهما بالحُلول والآخَرِ بالتَّأجيل، وقسمةُ الدَّينِ قبلَ القبضِ لا تجوزُ؛ لأنَّه وصفٌ شرعيٌّ ثابتٌ في الذِّمَّة، وذلك لا يتميَّز بعضُه عن بعض. عناية.

(٢) أي: من المديون.

(٣) أي: وكذا إذا استأجَرَ من الغريم بنصيبِهِ داراً وسَكَنها، فأراد شريكُهُ اتِّباعَهُ كان له ذلك؛ لأنَّه صارَ مُقتضياً نصيبَهُ، وقد قبض ما لَهُ حُكمُ المال من كلِّ وجهٍ، لأنَّ ما عدا منافع البُضعِ من المنافع جُعِل مالاً من كلِّ وجهٍ عند وُرُودِ العقدِ عليها. عناية.

(٤) وصورته: ما إذا رمى النَّارَ على ثوبِ المديونِ فأحرَقَه وهو يساوي نصيبَ المُحرِق، وأمَّا إذا أخَذَ الثَّوبَ ثمَّ أحرَقَه فإنَّ للشَّريكِ السَّاكتِ أن يَتبعَ المُحرِقَ بالإجماع. عناية.

(٥) يعني: إذا تزوَّجَ أحدُ ربيَّ الدَّينِ امرأةً بنصيبه من دينٍ لهما عليها، لا يكون قبضاً للدَّين، بل هو إتلافٌ، لأنَّه لم يقبض شيئاً قابلاً للشركة، فلا يملك الشَّريكُ السَّاكتُ الرُّجوعَ عليه. بناية.

(٦) أي: والصُّلحُ على نصيبِهِ بجنايةِ العمدِ إتلافٌ كالتَّزوُّجِ به؛ لأنَّه لم يَقبِضْ شيئاً قابلاً للشَّركةِ، بل أتلف نصيبه. عناية.

(٧) أي: إذا أسلَمَ رجلانِ رجلاً في كُرِّ حنطةٍ، فصالَحَ أَحَدُهما مع المُسلَمِ إليه على أن يأخذ نصيبَهُ من رأس المالِ ويَفسَخَ عَقْدَ السَّلَمِ في نصيبِهِ، لم يَجُزْ عند أبي حنيفة ومحمَّد إلَّا بإجازة الآخَرِ، فإنْ أجازَ =

اعتباراً بسائرِ الدُّيونِ، وبما إذا اشتَرَيا عبداً فأقالَ أحَدُهما في نَصيبِهِ.

ولهما: أنَّه لو جازَ في نَصيبِهِ خاصَّةً يكونُ قِسمةُ الدَّينِ في الذِّمَّةِ(١)، ولو جاز في نَصيبِهِما لا بدَّ من إجازةِ الآخَرِ، بخلافِ شراءِ العَينِ(٢)، وهذا لأنَّ المُسلَمَ فيه صار واجباً بالعقد، والعقدُ قامَ بهما، فلا يَنفرِدُ أحَدُهما بِرَفعِهِ، ولأنَّه لو جازَ لَشارَكَه في المَقبوضِ، فإذا شاركه فيه رَجَع المُصالِح على مَن عليه بذلك، فيؤدِّي إلى عَودِ السَّلَم بعد سُقوطِهِ.

قالوا: هذا(٣) إذا خَلَطا رأسَ المالِ، فإنْ لم يكونا قد خَلَطاهُ فعلى الوجهِ الأوَّلِ(٤) هو على الخلافِ، وعلى الوجهِ الثَّاني(٥) هو على الاتِّفاق.

= جازَ وكانَ المقبوضُ من رأس المالِ مُشترَكاً بينهما، وما بقي من السَّلَمِ مُشتَرَكاً بينهما، وإن لم يُجِزْه فالصُّلحُ باطلٌ. عناية.

(١) أي: يلزمُ من ذلك قسمةُ الدَّينِ قبل القبضِ؛ لأنَّ خُصوصيَّةَ نصيبِهِ لا تظهرُ إلا بالتَّمييزِ، ولا تمييزَ إلا بالقسمةِ، وقد تقدَّم بُطلانُها. بناية بتصرف.

(٢) هذا جواب عن قياس أبي يوسف.

(٣) أي: الخلاف في مسألة السَّلم.

(٤) وهو قوله: «العقدُ قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه»، ولا فرقَ في ذلك بين أن يكون رأسُ المالِ مَخلُوطاً أو غيره. عناية.

(٥) وهو قوله: «لو جاز لشاركه في المقبوض»؛ لأنَّ ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض، ولا مشاركةَ عندَ انفرادِ كلٍّ منهما بما يَخصُّه من رأس المال. عناية.

فصل في التخارج

وإذا كانتِ الشَّركةُ بينَ وَرَثةٍ، فَأخرجُوا أحَدَهُم منها بِمالٍ أَعْطوهُ إيَّاهُ، والتَّرِكةُ عَقارٌ أو عُرُوضٌ، جازَ قليلاً كان ما أعطوهُ إيَّاهُ أو كثيراً. وإنْ كانتِ التَّرِكةُ فِضَّةً فَأعطوهُ ذَهباً، أو كانَ ذَهباً فَأَعطوهُ فِضَّةً، فهو كذلك. وإنْ كانتِ التَّرِكةُ ذَهباً وفِضَّةً وغيرَ ذلكَ، فَصالَحُوهُ على ذَهبٍ أو فِضَّةٍ، فلا بدَّ أن يكونَ ما أعطَوْهُ أكثَرَ مِنْ نَصيبِهِ مِنْ ذلك الجِنسِ، حتَّى يكونُ نَصيبُهُ بِمِثلِهِ والزِّيادةُ بِحَقِّهِ من بَقيَّةِ التَّرِكةِ، ....

(فصل في التخارج[1])

(وإذا كانتِ الشَّركةُ بينَ وَرَثةٍ، فَأخرجُوا أحَدَهُم منها بِمالٍ أَعْطوهُ إيَّاهُ، والتَّرِكةُ عَقارٌ أو عُرُوضٌ، جازَ قليلاً كان ما أَعطوهُ إيَّاهُ أو كثيراً)؛ لأنَّه أمكَنَ تصحيحُهُ بيعاً، وفيه أثرُ عثمانَ، فإنَّه صالَحَ تُماضُرَ الأشجعيَّةَ امرأةَ عبدِ الرَّحمنِ بن عَوفٍ رضي الله عنه عن رُبُعِ ثُمنِها على ثمانين ألفِ دينار[2].

قال: (وإنْ كانتِ التَّرِكةُ فِضَّةً فَأَعطوهُ ذَهباً، أو كانَ ذَهباً فَأَعطوهُ فِضَّةً، فهو كذلك)؛ لأنَّه بيعُ الجنسِ بخلافِ الجنسِ، فلا يُعتَبَرُ التَّساوي ويُعتَبَرُ التَّقابُضُ في المَجلِسِ؛ لأنَّه صَرْفٌ، غيرَ أنَّ الذي في يَدِهِ بقيَّةُ التَّرِكةِ إنْ كان جاحِداً يكتفي بذلك القبضِ؛ لأنَّه قَبْضُ ضمانٍ فَينوبُ عن قَبضِ الصُّلح، وإنْ كان مُقِرّاً لا بدَّ من تَجديدِ القَبضِ؛ لأنَّه قَبضُ أمانةٍ فلا يَنوبُ عن قَبضِ الصُّلحِ.

(وإنْ كانتِ التَّرِكةُ ذَهباً وفِضَّةً وغيرَ ذلكَ، فَصالَحُوهُ على ذَهبٍ أو فِضَّةٍ، فلا بدَّ أن يكونَ ما أعطَوْهُ أكثَرَ مِنْ نَصيبِهِ مِنْ ذلك الجِنسِ، حتَّى يكونُ نَصيبُهُ بِمِثلِهِ والزِّيادةُ بِحَقِّهِ من بَقيَّةِ التَّرِكةِ) احترازاً عن الرِّبا. ولا بدَّ من التَّقابضِ فيما يُقابِلُ نَصيبَهُ من

---

(١) «التَّخارج» تَفاعُل من الخُروجِ، وهو: أن يَصطلِحَ الورثةُ على إخراجِ بَعضِهم من الميراث بمالٍ مَعلومٍ. عناية.

(٢) روى عبد الرَّزاق في مصنفه في البيوع، قال: أخبرنا ابنُ عُيينةَ عن عَمرو بنِ دينار، أنَّ امرأةَ عبدِ الرَّحمنِ ابنِ عَوف أخرَجَها أهلُهُ من ثُلُثِ الثُّمُنِ بثلاثةٍ وثمانينَ ألف درهم. انظر نصب الراية.

وإذا كان في التَّرِكَةِ دَينٌ على النَّاسِ، فَأدخَلُوهُ في الصُّلحِ على أنْ يُخرِجُوا المُصالِحَ عنه، ويكونَ الدَّينُ لهم، فالصُّلحُ باطلٌ، وإنْ شَرَطُوا أنْ يَبْرَأَ الغُرَماءُ منه، ولا يَرجِعَ عليهم بِنَصيبِ المُصالِحِ، فالصُّلحُ جائزٌ.

الذَّهبِ والفِضَّةِ؛ لأنَّه صَرْفٌ في هذا القَدرِ.

ولو كان بدَلُ الصُّلحِ عَرَضاً جازَ مُطلَقاً[1] لِعَدَمِ الرِّبا.

ولو كان في التَّرِكةِ دراهمُ ودنانيرُ وبدَلُ الصُّلحِ دراهمُ ودنانيرُ أيضاً، جاز الصُّلحُ كيفما كان، صَرفاً للجنسِ إلى خلافِ الجنسِ كما في البيع، لكن يُشترطُ التَّقابُضُ للصَّرف.

قال: (وإذا كان في التَّرِكَةِ دَينٌ على النَّاسِ، فَأدخَلُوهُ في الصُّلحِ على أنْ يُخرِجُوا المُصالِحَ عنه[2] ويكونَ الدَّينُ لهم، فالصُّلحُ باطلٌ)؛ لأنَّ فيه تَمليكَ الدَّينِ من غيرِ مَنْ عليه، وهو حِصَّةُ المُصالِح، (وإنْ شَرَطُوا أنْ يَبْرَأَ الغُرَماءُ منه، ولا يَرجِعَ عليهم بِنَصيبِ المُصالِحِ، فالصُّلحُ جائزٌ)؛ لأنَّه إسقاطٌ، أو هو تَمليكُ الدَّينِ مِمَّنْ عليه الدَّينُ، وهو جائزٌ، وهذه حيلةُ الجوازِ، وأخرى[3] أن يُعجِّلوا قضاءَ نَصيبِهِ[4] مُتبرِّعينَ، وفي الوجهين ضَرَرٌ ببقيَّةِ الورثةِ[5].

والأوجهُ أن يُقرِضُوا المُصالِحَ مِقدارَ نَصيبِهِ، ويُصالِحُوا عمَّا وراءَ الدَّينِ، ويُحِيلُهُم على استيفاءِ نَصيبِهِ من الغُرَماءِ.

---

(١) قلَّ البدلُ أو كثُرَ؛ لعدم الرِّبا، وُجِد التَّقابُضُ في المجلس أو لا؛ لأنَّه ليس بصرف. بناية.

(٢) أي: عن الدَّين.

(٣) أي: وحِيلةٌ أخرى.

(٤) أي: قضاءَ نصيبِ المصالِحِ من الدَّين.

(٥) أمَّا في الوجهِ الأوَّلِ فلأنَّ بقيَّةَ الورثةِ لا يُمكِنُهم الرُّجوعُ على الغُرماءِ، وفي الوجه الثَّاني لِزُومُ النَّقدِ عليهم بِمُقابَلَةِ الدَّينِ الذي هو نَسيئةٌ، والنَّقدُ خيرٌ من النَّسيئةِ. عناية.

ولو لم يكن في التَّركةِ دَيْنٌ وأعيانُها غيرُ مَعلومَةٍ، والصُّلحُ على المَكيلِ والمَوزونِ، قيل: لا يجوزُ لاحتمالِ الرِّبا[1]، وقيل: يجوزُ[2] لأنَّه شُبهَةُ الشُّبهةِ.

ولو كانت التَّركةُ غيرَ المَكيلِ والمَوزُونِ، لكنَّها أعيانٌ غيرُ مَعلومةٍ، قيل: لا يَجوزُ لكونِهِ بَيعاً؛ إذِ المُصالَحُ عنه عَينٌ[3]. والأصحُّ أنَّه يجوزُ؛ لأنَّها لا تُفضِي إلى المُنازعةِ؛ لقيام المُصالَحِ عنه في يدِ البقيَّةِ من الورثةِ.

وإنْ كان على الميتِ دَينٌ مُستغرِقٌ، لا يجوزُ الصُّلحُ ولا القِسمةُ؛ لأنَّ التَّركةَ لم يَتملَّكْها الوارثُ، وإنْ لم يكنْ مُستغرِقاً لا ينبغي أنْ يُصالِحُوا ما لم يَقضُوا دَينَهُ، فتُقدَّمُ حاجةُ المَيتِ، ولو فَعَلُوا[4] قالوا: يجوز. وذكر الكرخيُّ رَحِمَهُ اللهُ في القسمةِ أنَّها لا تجوزُ استحساناً، وتجوزُ قياساً.



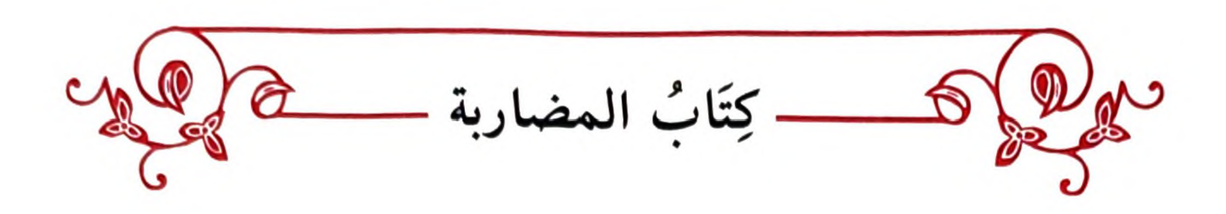
(١) وهذا مبنيٌّ على أنَّه يوجد في التَّركةِ مكيلٌ وموزونٌ، ونصيبُ المصالِحِ من ذلكَ مِثلُ بدَلِ الصُّلحِ أو أقلُّ. عناية.

(٢) وهذا مبنيٌّ على احتمال أن لا يكونَ في التَّركةِ من ذلك الجنس، وإنْ كان فَيَحتمِلُ أن يكونَ نصيبُهُ من ذلك أكثرَ مِمَّا أخَذَ، أو أقلَّ، ففيه شُبهةُ الشُّبهةِ وليست بمعتبرة. عناية.

(٣) أي: وبيعُ المجهول لا يصحُّ.

(٤) أي: صالحوا قبلَ قضاءِ الدَّينِ عن الميت.

كتاب المضاربة



كِتَابُ المضاربة

المُضارَبَةُ عَقْدٌ على الشَّركةِ بمالٍ مِنْ أحدِ الجانِبَينِ، والعَمَلِ من الجانبِ الآخَرِ. ولا تَصِحُّ إلَّا بالمالِ الذي تَصِحُّ به الشَّرِكةُ. ....

(كتاب المضاربة)

«المُضارَبةُ» مُشتقَّةٌ من «الضَّرب في الأرض»، سُمِّي بها لأنَّ المُضارِبَ يَستحِقُّ الرِّبحَ بِسَعيهِ وعَمَلِهِ، وهي مَشروعةٌ لِلحاجةِ إليها؛ فإنَّ النَّاسَ بينَ غنيٍّ بالمالِ غَبيٍّ عن التَّصرُّفِ فيه، وبينَ مُهتدٍ في التَّصرُّفِ صِفرِ اليدِ عنه، فَمَسَّتِ الحاجةُ إلى شَرْعِ هذا النَّوعِ من التَّصرُّفِ؛ لِيَنتظِمَ مَصلحةُ الغَبيِّ والذَّكيِّ والفَقيرِ والغنيِّ، وبُعِثَ النَّبيُّ ﷺ والنَّاسُ يُباشِرونَهُ فقرَّرَهم عليه، وتعامَلَتْ به الصَّحابة.

ثمَّ المدفوعُ إلى المُضارِبِ أمانةٌ في يدِهِ؛ لأنَّه قبَضَهُ بأمرِ مالِكِهِ لا على وَجهِ البدلِ والوَثيقةِ، وهو وكيلٌ فيه؛ لأنَّه يَتصرَّفُ فيه بأمرِ مالكِهِ، وإذا رَبِحَ فهو شريكٌ فيه لِتَملُّكِهِ جزءاً من المال بعملِهِ. فإذا فسَدَتْ ظهرتِ الإجارةُ، حتَّى استوجَبَ العاملُ أجرَ مِثلِهِ، وإذا خالَفَ كان غاصباً لِوُجودِ التَّعدِّي منه على مال غيره.

قال: (المُضارَبَةُ عَقْدٌ على الشَّركةِ بمالٍ مِنْ أحدِ الجانِبَينِ)، ومرادُهُ الشَّرِكةُ في الرِّبح، وهو يُستَحَقُّ بالمالِ من أحد الجانِبَينِ (والعَمَلِ من الجانبِ الآخَرِ)، ولا مُضارَبةَ بدونها؛ ألا ترى أنَّ الرِّبحَ لو شُرِطَ كُلُّه لربِّ المالِ كان بِضاعةً، ولو شُرِط جميعُهُ لِلمُضارِبِ كان قَرْضاً.

قال: (ولا تَصِحُّ إلَّا بالمالِ الذي تَصِحُّ به الشَّرِكةُ) وقد تقدَّم بيانُهُ من قَبلُ.

ومِنْ شَرْطِها: أنْ يكونَ الرِّبحُ بينهما مُشاعاً، لا يَستحِقُّ أحَدُهما دَراهِمَ مُسمَّاةً، فإنْ شَرَطَ زِيادَةَ عَشَرَةٍ، فلَهُ أجرُ مِثلِهِ، ....

ولو دفَعَ إليه عَرَضاً وقال: «بِعْهُ، واعمَلْ مُضارَبةً في ثَمَنِهِ» جاز؛ لأنَّه يَقبَلُ الإضافةَ من حيثُ إنَّه توكيلٌ وإجارةٌ[1]، فلا مانعَ من الصِّحَّة. وكذا إذا قال له: «اِقبِضْ ما لي على فلانٍ واعمَلْ به مُضارَبةً» جازَ؛ لِما قلنا.

بخلافِ ما إذا قال له: «اِعمَل بالدَّين الذي في ذِمَّتِكَ» حيثُ لا تصحُّ المُضارَبةُ؛ لأنَّ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يصحُّ هذا التَّوكيلُ[2] على ما مَرَّ في البيوع[3]. وعندهما: يصحُّ، لكن يقعُ المِلكُ في المُشترَى للآمِرِ، فيصيرُ مُضارَبةً بالعَرَض[4].

قال: (ومِنْ شَرْطِها: أنْ يكونَ الرِّبحُ بينهما مُشاعاً، لا يَستحِقُّ أحَدُهما دَراهِمَ مُسمَّاةً) من الرِّبح؛ لأنَّ شَرْطَ ذلك يقطَعُ الشَّرِكةَ بينهما، ولا بدَّ منها كما في عَقدِ الشَّركةِ[5].

قال: (فإنْ شَرَطَ زِيادَةَ عَشَرَةٍ، فلَهُ أجرُ مِثلِهِ)؛ لفسادِهِ، فلعلَّه لا يَربحُ إلَّا هذا القَدْرَ، فَتنقطِعُ الشَّركةُ في الرِّبح، وهذا[6] لأنَّه ابتَغَى عن مَنافعِهِ عِوَضاً، ولم يَنَلْه

---

(١) يعني: أنَّ عقدَ المضارَبةِ مُشتمِلٌ على التَّوكيل والإجارةِ، وكلٌّ منهما يَقبَلُ الإضافةَ إلى زمانٍ في المُستقبلِ، فيجبُ أن يكون عقدُ المُضاربةِ كذلك؛ لئلا يُخالِفَ الكلُّ الجزءَ، فلا مانعَ من الصِّحَّة. عناية.

(٢) وإذا لم يصحَّ كان المُشتَرَى لِلمُشتري والدَّينُ بحالِهِ، وإذا كان المُشتَرَى لِلمُشتري كان رأسُ مالِ المُضاربةِ من مال المُضارِبِ، وهو لا يصحُّ. عناية.

(٣) أي: في باب الوكالة في البيع والشِّراء من كتاب الوكالة، حيث قال: «ومن له على آخَرَ ألفُ درهم، فأمَرَه أن يشتري بها هذا العبد ...» إلخ. انظر ص (٣٧٧).

(٤) والمضاربةُ بالعَرَضِ لا تجوز. عناية.

(٥) حيثُ لا يكونُ عقدٌ من عقودِ الشَّركةِ إلا بالاشتراك. بناية.

(٦) أي: وجوبُ أجرِ المِثلِ. عناية.

ولا بدَّ أن يكونَ المالُ مُسلَّماً إلى المُضارِبِ، ولا يَدَ لِرَبِّ المالِ فيه. ....

لفسادِهِ[١]، والرِّبحُ لربِّ المال؛ لأنَّه نَماءُ مِلكِهِ[٢]، وهذا هو الحكمُ في كلِّ موضعٍ لم تصحَّ المُضارَبةُ، ولا تُجاوِزُ بالأجرِ القَدْرَ المَشروطَ عند أبي يوسف، خلافاً لمحمَّد[٣] كما بيَّنَّا في الشَّركة.

ويَجِبُ الأجرُ وإن لم يَربَحْ في رواية الأصل؛ لأنَّ أجرَ الأجيرِ يجبُ بِتَسليمِ المَنافعِ أو العملِ، وقد وُجِدَ. وعن أبي يوسف: أنَّه لا يجبُ اعتباراً بالمُضارَبةِ الصَّحيحةِ، مع أنَّها فَوقَها.

والمالُ في المُضارَبةِ الفاسِدةِ غيرُ مَضمونٍ بالهَلاكِ اعتباراً بالصَّحيحةِ، ولأنَّه عَينٌ مُستأجَرَةٌ في يدِهِ[٤].

وكلُّ شَرطٍ يُوجِبُ جَهالةً في الرِّبحِ يُفسِدُهُ[٥]؛ لاختلالِ مَقصودِهِ، وغيرُ ذلك من الشُّروطِ الفاسدةِ لا يُفسِدُها، ويَبطُلُ الشَّرطُ، كاشتراطِ الوَضِيعَةِ[٦] على المُضارِبِ.

قال: (ولا بدَّ أن يكونَ المالُ مُسلَّماً إلى المُضارِبِ، ولا يَدَ لِرَبِّ المالِ فيه)؛ لأنَّ المالَ أمانةٌ في يدِهِ فلا بدَّ من التَّسليمِ إليه، وهذا بخلافِ الشَّركةِ؛ لأنَّ المالَ في المُضاربةِ من أحدِ الجانبينِ والعملُ من الجانبِ الآخَرِ، فلا بدَّ من أن يَخلُصَ المالُ

---

(١) أي: ولم يَنَلِ المضارِبُ العِوَضَ لفساد العقدِ، ولا بدَّ من عوَضٍ عن منافعَ تَلِفتْ بالعقد. بناية.

(٢) أي: فتعيَّن أجرُ المثلِ. عناية.

(٣) فإنَّ عنده يجب بالغاً ما بلغَتْ. بناية.

(٤) أي: ولأنَّ المالَ عينٌ مستأجرةٌ في يدِ المضارِب.

(٥) أي: يُفسدُ عقدَ المُضاربةِ. كما إذا قال: «لك نِصفُ الرِّبح، أو ثُلثُه» وشَرَطا أن يدفع المُضارِبُ دارَهَ إلى ربِّ المال لِيَسكُنَها، أو أرضَهُ سَنَةً لِيَزرَعَها. ففي الصُّورتينِ المذكورتين جُعِلَ المشروطُ من الرِّبحِ في مُقابَلَةِ العملِ وأجرةِ الدَّارِ والأرضِ، وكانت حصَّةُ العملِ مجهولةً. عناية.

(٦) الوضيعةُ: اسمٌ لجزءٍ هالكٍ من المال، ولا يجوزُ أن يلزَمَ غيرَ ربِّ المالِ، ولمَّا لم يُوجِبِ الجهالةَ في الرِّبحِ لم تَفسُدِ المُضارَبةُ. عناية.

وإذا صَحَّتِ المُضارَبَةُ مُطلَقَةً، جازَ لِلمُضارِبِ أن يَبِيعَ ويَشترِيَ ويُوكِّلَ ويُسافِرَ ويُبضِعَ ويُودِعَ، ....

للعامِلِ لِيَتمكَّنَ من التَّصرُّفِ فيه، أمَّا العملُ في الشَّركةِ من الجانِبَينِ، فلو شُرِطَ خُلُوصُ اليدِ لأحَدِهِما لم تَنعقِدِ الشَّركةُ .

وشَرْطُ العَملِ على ربِّ المالِ مُفسِدٌ للعقدِ؛ لأنَّه يَمنَعُ خُلُوصَ يدِ المُضارِبِ، فلا يتمكَّنُ من التَّصرُّفِ، فلا يَتحقَّقُ المقصودُ سواءٌ كان المالكُ عاقداً أو غيرَ عاقدٍ كالصَّغيرِ[1]؛ لأنَّ يدَ المالكِ ثابتةٌ له، وبقاءُ يدِهِ يمنعُ التَّسليمَ إلى المُضارِبِ.

وكذا أحدُ المُتَفاوِضَينِ وأحَدُ شَرِيكَي العَنانِ إذا دَفَعَ المالَ مُضارَبةً وشَرَطَ عمَلَ صاحبِهِ[2]؛ لقيامِ المِلكِ له، وإنْ لم يكن عاقداً.

واشتراطُ العَملِ على العاقدِ مع المُضاربِ وهو غيرُ مالكٍ يُفسِدُهُ إنْ لم يكن من أهلِ المُضارَبَةِ فيه، كالمأذون. بخلافِ الأبِ والوصيِّ لأنَّهما من أهل أنْ يأخذا مالَ الصَّغيرِ مُضارَبَةً بأنفسِهما، فكذا اشتراطُهُ عليهما بجزءٍ من المال.

قال: (وإذا صَحَّتِ المُضارَبَةُ مُطلَقَةً[3]، جازَ لِلمُضارِبِ أن يَبِيعَ ويَشترِيَ ويُوكِّلَ ويُسافِرَ ويُبضِعَ ويُودِعَ)؛ لإطلاقِ العقدِ، والمَقصودُ منه الاسترباحُ، ولا يَتحصَّلُ إلَّا بالتِّجارةِ، فَيَنتظِمُ العقدُ صُنُوفَ التِّجارةِ وما هو مِنْ صَنيعِ التُّجَّارِ، والتَّوكيلُ من صَنيعِهِم، وكذا الإبضاعُ والإيداعُ والمُسافَرَةُ، ألا ترى أنَّ المُودَعَ له أن يُسافِرَ فالمضارِبُ أولى، كيف وأنَّ اللَّفظَ دليلٌ عليه؛ لأنَّها مُشتقَّةٌ من الضَّربِ في الأرض، وهو السَّير.

---

(١) أي: إذا دفَعَ وليُّهُ أو وَصيُّهُ مالَهُ مضاربةً وشَرَطَ عمَلَ الصَّغيرِ، فإنَّه لا يجوز. بناية.

(٢) أي: تَفسُدُ المضارَبةُ.

(٣) بأن لم تكن مقيَّدةً بزمانٍ ومكانٍ، فإذا قال: دفعتُ إليكَ هذا المالَ مضاربةً، ولم يزد على ذلك فهذه مضاربةٌ مطلقةٌ. بناية.

ولا يُضارِبُ إلَّا أنْ يَأذَنَ له رَبُّ المالِ، أو يقولَ له: «اِعمَلْ بِرأيكَ». وإنْ خَصَّ له رَبُّ المالِ التَّصرُّفَ في بَلَدٍ بِعَينِهِ، أو في سِلْعَةٍ بِعَينِها، لم يَجُزْ له أن يَتجاوَزَها،

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه ليس له أن يُسافر.

وعنه عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أنَّه إن دَفَعَ في بلدِهِ[١] ليس له أن يُسافِرَ؛ لأنه تَعريضٌ على الهلاكِ من غير ضرورةٍ، وإنْ دَفَعَ في غيرِ بلدِهِ له أن يُسافرَ إلى بَلدِهِ؛ لأنَّه هو المُرادُ في الغالب، والظَّاهِرُ ما ذَكَر في الكتاب[٢].

قال: (ولا يُضارِبُ إلَّا أنْ يَأذَنَ له رَبُّ المالِ، أو يقولَ له: «اِعمَلْ بِرأيكَ»)؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يَتضمَّنُ مِثلَهُ لِتَساويهما في القُوَّةِ، فلا بدَّ من التَّنصيصِ عليه، أو التَّفويضِ المُطلَقِ إليه، وكان كالتَّوكيل[٣]، فإنَّ الوكيلَ لا يَملِكُ أن يُوكِّلَ غيرَهُ إلَّا إذا قيل له: «اِعمَلْ برأيك»، بخلافِ الإيداعِ والإبضاعِ؛ لأنَّه[٤] دونَهُ فَيَتضمَّنُه، وبخلافِ الإقراضِ حيثُ لا يَملِكُه وإن قيل له: «اعملِ برأيك»؛ لأنَّ المرادَ منه التَّعميمُ فيما هو من صَنيعِ التُّجارِ، وليس الإقراضُ منه، وهو تبرُّعٌ كالهبةِ والصَّدقةِ، فلا يحصُلُ به الغَرَضُ، وهو الرِّبحُ؛ لأنَّه لا تجوزُ الزِّيادةُ عليه، أمَّا الدَّفعُ مُضارَبةً فَمِنْ صَنيعِهِم، وكذا الشَّركةُ والخَلطُ بمالِ نَفسِهِ، فيدخل تحت هذا القول[٥].

قال: (وإنْ خَصَّ له رَبُّ المالِ التَّصرُّفَ في بَلَدٍ بِعَينِهِ، أو في سِلْعَةٍ بِعَينِها، لم يَجُزْ له أن يَتَجاوَزَها)؛ لأنَّه[٦] توكيل، وفي التَّخصيص فائدةٌ فَيَتَخصَّصُ، وكذا ليس

---

(١) أي: في بلد المضارب. بناية.

(٢) أي: ظاهر الرِّواية عن أصحابنا جميعاً هو ما ذكره القدوريُّ في مختصره، وهو جوازُ المسافرة بمال المضاربة، وإن لم يقل له: اِعمل برأيك. بناية.

(٣) أي: وكان أمرُ المضاربةِ كأمر التَّوكيل. بناية.

(٤) أي: لأنَّ حكمهما دونَ حكم المضاربة.

(٥) أي: تحت قوله: «اعمل برأيك».

(٦) أي: لأنَّ عقد المضاربة عقدُ توكيل.

فإنْ خَرَجَ إلى غَيرِ ذلك البَلَدِ فاشترى ضَمِنَ، ....

له أن يَدفَعه بِضاعةً إلى مَن يُخرِجُها من تلكِ البلدةِ؛ لأنَّه لا يَملِكُ الإخراجَ بنفسِهِ، فلا يَملِكُ تَفويضَهُ إلى غيره.

قال: (فإنْ خَرَجَ إلى غَيرِ ذلك البَلَدِ فاشترى ضَمِنَ) وكان ذلك له، وله رِبحُهُ لأنَّه تصرَّفَ بغير أمرِهِ. وإن لم يَشتَرِ حتَّى ردَّهُ إلى الكوفة - وهي التي عيَّنَها - بَرِئَ من الضَّمانِ، كالمُودَعِ إذا خالَفَ في الوَديعةِ ثمَّ تَرَكَ، ورَجَعَ المالُ مُضارَبةً على حالِهِ؛ لبقائِهِ في يدِهِ بالعقدِ السَّابقِ.

وكذا[1] إذا رَدَّ بعضَهُ واشترى بِبَعضِهِ في المصر، كان المَردُودُ والمُشتَرَى في المِصرِ على المُضاربةِ لِما قلنا[2]. ثمَّ شَرَط الشِّراءَ بها هاهنا، وهو روايةُ الجامعِ الصَّغيرِ، وفي كتاب المُضاربةِ ضَمَّنَه بنفس الإخراج.

والصَّحيحُ أنَّ بالشِّراءِ يَتقرَّرُ الضَّمانُ لِزَوالِ احتمالِ الرَّدِّ إلى المصرِ الذي عيَّنَه، أمَّا الضَّمانُ فَوُجوبُهُ بنفسِ الإخراجِ، وإنَّما شَرَطَ الشِّراءَ لِلتَّقرُّرِ[3] لا لأصلِ الوجوبِ.

وهذا بخلاف ما إذا قال: «على أن يَشترِيَ في سُوقِ الكوفةِ» حيثُ لا يَصِحُّ التَّقييدُ؛ لأنَّ المِصرَ مع تَبايُنِ أطرافِهِ كَبُقعةٍ واحدةٍ، فلا يُفيدُ التَّقييدُ، إلَّا إذا صرَّحَ بالنَّهي، بأن قال: «اِعملْ في السُّوقِ ولا تَعمَلْ في غيرِ السُّوقِ»؛ لأنَّه صرَّحَ بالحَجْرِ، والوِلايةُ إليه.

ومعنى التَّخصيصِ أن يقولَ له: «على أن تَعمَلَ كذا، أو في مكان كذا»، وكذا إذا قال: «خُذْ هذا المالَ تَعمَلُ به في الكُوفةِ»؛ لأنَّه تفسيرٌ له، أو قال: «فاعمَلْ به في الكُوفةِ»؛ لأنَّ الفاء لِلوَصلِ، أو قال: «خُذْهُ بالنِّصفِ بالكوفة»؛ لأنَّ الباءَ للإلصاقِ.

---

(١) أي: وكذا تكونُ المضاربةُ على حالها إذا ردَّ المضاربُ بعضَ المالِ إلى الموضع الذي عيَّنه.

(٢) أي: من البقاء في يده بالعقد السَّابق. عناية.

(٣) أي: لِتقرُّرِ الوجوبِ، لا لأصلِ وجوبِ الضَّمانِ. بناية.

وكذلكَ إنْ وَقَّتَ لِلمُضارَبةِ وقتاً بِعَينِهِ، يَبطُلُ العَقدُ بِمُضيِّهِ. وليس لِلمُضارِبِ أنْ يَشتريَ مَنْ يَعتِقُ على ربِّ المالِ لِقَرابةٍ أو غَيرِها، ولو فَعَلَ صارَ مُشترِياً لِنَفسِهِ دونَ المُضارَبَةِ، ....

أمَّا إذا قال: «خُذْ هذا المالَ واعمَلْ به بالكُوفةِ» فَلَهُ أن يَعمَلَ فيها وفي غَيرِها؛ لأنَّ الواوَ للعطف، فَيَصيرُ بمنزلةِ المَشُورةِ.

ولو قال: «على أنْ تَشترِيَ من فلانٍ وتَبيعَ منه» صَحَّ التَّقييدُ؛ لأنَّه مُفيدٌ لِزيادةِ الثِّقةِ به في المُعاملةِ، بخلافِ ما إذا قال: «على أن تَشترِيَ بها من أهلِ الكوفةِ، أو دَفَعَ مالاً في الصَّرفِ على أن يَشترِيَ به مِنَ الصَّيارفةِ ويَبيعَ منهم، فباعَ بالكُوفةِ من غَيرِ أهلِها، أو من غَيرِ الصَّيارفةِ جاز؛ لأنَّ فائدةَ الأوَّلِ التَّقييدُ بالمكان، وفائدةَ الثَّاني التَّقييدُ بالنَّوع، وهذا هو المرادُ عُرفاً لا فيما وراء ذلك.

قال: (وكذلكَ إنْ وَقَّتَ لِلمُضارَبةِ وقتاً بِعَينِهِ، يَبطُلُ العَقدُ بِمُضيِّهِ)؛ لأنَّه توكيلٌ، فيتوقَّتُ بما وَقَّتَه، والتَّوقيتُ مفيدٌ، فإنَّه تقييدٌ بالزَّمانِ، فصار كالتَّقييدِ بالنَّوعِ والمكان.

قال: (وليس لِلمُضارِبِ أنْ يَشتريَ مَنْ يَعتِقُ على ربِّ المالِ لِقَرابةٍ أو غَيرِها)؛ لأنَّ العقدَ وُضِعَ لِتَحصيلِ الرِّبحِ، وذلك بالتَّصرُّفِ مَرَّةً بعد أخرى، ولا يَتحقَّقُ فيه لِعِتقِهِ، ولهذا[1] لا يدخلُ في المُضارَبةِ شراءُ ما لا يُملَكُ بالقَبضِ، كشراءِ الخَمرِ والشِّراءِ بالميتة.

بخلاف البيعِ الفاسدِ[2]؛ لأنَّه يُمكِنُهُ بَيعُهُ بعدَ قَبضِهِ، فَيَتحقَّقُ المَقصودُ.

قال: (ولو فَعَلَ صارَ مُشترِياً لِنَفسِهِ دونَ المُضارَبةِ)؛ لأنَّ الشِّراءَ متى وَجَدَ نَفاذاً على المُشتري نفَذَ عليه[3]، كالوكيلِ بالشِّراءِ إذا خالَفَ.

---

(١) أي: ولكونِ هذا العقدِ وُضع لتحصيل الرِّبح. بناية.

(٢) يعني: البيع الفاسدُ يدخلُ في المضاربة؛ لأنَّ المبيعَ يُملَك بالقبض. بناية.

(٣) قوله: «متى وُجِد نفاذاً» احترازٌ عن الصَّبيِّ والعبدِ المَحجُورَين، فإنَّ شِراءَهما يَتوقَّفُ على إجازةِ =

فإنْ كان في المالِ رِبحٌ لَمْ يَجُزْ له أنْ يَشترِيَ مَنْ يَعتِقُ عليه، وإنِ اشتراهُمْ ضَمِنَ مالَ المُضارَبَةِ، وإنْ لم يكن في المالِ ربحٌ، جاز أن يَشترِيَهم، فإنْ زادَتْ قِيمَتُهُم بعدَ الشِّراءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ منهم ولَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ المالِ شيئاً، ....

قال: (فإنْ كان في المالِ رِبحٌ لَمْ يَجُزْ له أنْ يَشترِيَ مَنْ يَعتِقُ عليه[1])؛ لأنَّه يَعتِقُ عليه نَصِيبُهُ ويُفسِدُ نَصيبَ ربِّ المالِ، أو يَعتِقُ على الاختلافِ المَعروفِ[2]، فيَمتنعُ التَّصرُّفُ فلا يَحصُلُ المقصودُ.

(وإنِ اشتراهُمْ[3] ضَمِنَ مالَ المُضارَبَةِ)؛ لأنَّه يصيرُ مُشترِياً العبدَ لنفسِهِ، فَيَضمَنُ بالنَّقدِ من مالِ المُضارَبةِ.

(وإنْ لم يكن في المالِ ربحٌ، جاز أن يَشترِيَهم)؛ لأنَّه لا مانعَ من التَّصرُّفِ، إذ لا شركةَ له فيه لِيَعتِقَ عليه[4]. (فإنْ زادَتْ قِيمَتُهُم بعدَ الشِّراءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ منهم)؛ لِمِلْكِه بعضَ قَرِيبِهِ (ولَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ المالِ شيئاً)؛ لأنَّه لا صُنعَ من جهتِهِ في زيادةِ القيمةِ ولا في مِلْكِهِ الزِّيادةَ؛ لأنَّ هذا شيءٌ يَثبُتُ من طريقِ الحُكمِ، فصار كما إذا وَرِثَه مع غيره[5]، ....

= الوليِّ والمَولى.

ثمَّ إن كان نقَدَ الثَّمنَ من مالِ المُضاربةِ، يتخيَّرُ ربُّ المالِ: بينَ أن يَستَرِدَّ المَقبوضَ من البائعِ ويَرجعُ البائعُ على المُضارِب، وبينَ أن يُضَمِّنَ المضارِبَ مِثلَ ذلك؛ لأنَّه قضى بمال المُضاربةِ ديناً عليه. عناية.

(١) أي: لم يَجُزْ للمضارِب أن يشتري مَن يَعتِقُ عليه، أي: على المضارِب.

(٢) أي: على الاختلافِ المعروفِ بين الإمام وصاحبيه في تجزُّؤ الإعتاق وعدَمِه، فإنَّه لا يتجزَّأ عندهما لذا يَعتِقُ كلُّه على نصيب المضارِبِ، ويَتجزَّأ عنده فيسعى العبدُ في باقي قيمتِهِ، فيمتنعُ بيعُهُ لأنَّه مُستَسْعَى، فيفسدُ نصيبُ ربِّ المالِ.

(٣) أي: وإن اشترى المضارِبُ من يَعتِقُ عليه.

(٤) يعني: لا شركةَ للمضارِبِ في المالِ حتَّى يَعتِقَ عليه - أي: على المضارب - مَن يشتريه. بناية.

(٥) وذلك كامرأةٍ اشترتْ ابنَ زوجِها، فماتت وتركتْ زوجاً وأخاً، عَتَقَ نصيبُ الزَّوجِ ولا يضمنُ شيئاً لأخيها. عناية.

وَيَسْعَى العبدُ في قِيمَةِ نَصيبِهِ منه. فإنْ كانَ مع المُضارِبِ ألفٌ بالنِّصف، فاشتَرَى بها جاريةً قِيمَتُها ألفٌ، فَوَطِئَها، فجاءَتْ بولدٍ يُساوي ألفاً، فادَّعاهُ، ثمَّ بلغَتْ قيمةُ الغلامِ ألفاً وخَمسَمائةٍ والمُدَّعِي مُوسِرٌ، فإنْ شاءَ ربُّ المالِ اسْتَسْعَى الغُلامَ في ألفٍ ومائتينِ وخَمسين، وإنْ شاءَ أعتَقَه، ....

(وَيَسْعَى العبدُ في قِيمَةِ نَصيبِهِ منه)؛ لأنَّه احتُبِسَت ماليَّتُه عنده، فيسعى فيه كما في الوراثة.

قال: (فإنْ كانَ مع المُضارِبِ ألفٌ بالنِّصف، فاشتَرَى بها جاريةً قِيمَتُها ألفٌ، فَوَطِئَها، فجاءَتْ بولدٍ يُساوي ألفاً، فادَّعاهُ، ثمَّ بلغَتْ قيمةُ الغلامِ ألفاً وخَمسَمائةٍ والمُدَّعِي مُوسِرٌ، فإنْ شاءَ ربُّ المالِ اسْتَسْعَى الغُلامَ في ألفٍ ومائتينِ وخَمسين، وإنْ شاءَ أعتَقَه).

ووجهُ ذلك: أنَّ الدَّعوةَ صحيحةٌ في الظَّاهرِ حَمْلاً على فراشِ النِّكاح[1]، لكنَّه[2] لم يَنفُذْ لِفَقدِ شَرطِهِ - وهو المِلكُ - لِعَدَمِ ظُهورِ الرِّبحِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما - أعني: الأمَّ والولَدَ - مُستَحَقٌّ برأس المال، كمالِ المُضاربةِ إذا صارَ أعياناً، كلُّ عينٍ منها يساوي رأسَ المالِ لا يظهرُ الرِّبح، كذا هذا.

فإذا زادت قيمةُ الغُلامِ الآنَ ظَهَرَ الرِّبحُ، فنَفَذَتِ الدَّعوةُ السَّابقةُ، بخلاف ما إذا أعتَقَ الوَلَدَ[3] ثمَّ ازدادتِ القيمةُ؛ لأنَّ ذلك إنشاءُ العِتْقِ، فإذا بطَلَ[4] لِعَدَم المِلْكِ لا يَنفُذُ بعدَ ذلك بِحُدوثِ المِلْكِ. أمَّا هذا[5] فإخبارٌ، فجاز أن يَنفُذَ عندَ حُدوثِ المِلْكِ، كما إذا أقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عبدِ غيرِهِ ثمَّ اشتراه.

(١) بأنْ زوَّجها منه البائعُ، ثمَّ باعها منه فَوَطِئها فعَلَقَت منه. عناية.

(٢) أي: الادِّعاء.

(٣) أي: بخلاف ما إذا أعتق المضارِبُ الولدَ، فإنَّه لا يَعتِقُ لعدم الملكِ.

(٤) أي: عِتقُ المُضارِب للولد.

(٥) أي: ادِّعاءُ النَّسب.

وله أنْ يَسْتَسْعِيَ الغُلامَ.

وإذا صَحَّتِ الدَّعوةُ وثبتَ النَّسبُ عَتَقَ الولدُ لقيامِ مِلْكِهِ في بعضِهِ، ولا يَضْمَنُ لربِّ المالِ شيئاً من قيمةِ الولدِ؛ لأنَّ عِتقَهُ ثبَتَ بالنَّسبِ والمِلْكِ، والمِلكُ آخِرُهما، فَيُضافُ إليه، ولا صُنْعَ له فيه، وهذا ضمانُ إعتاقٍ فلا بدَّ من التَّعدي ولم يوجد.

(وله أنْ يَسْتَسْعِيَ الغُلامَ)؛ لأنَّه احتُبِسَتْ ماليَّتُهُ عنده، وله أنْ يَعتِقَ، لأنَّ المُسْتَسْعَى كالمكاتَبِ عند أبي حنيفة، ويستسعيه في ألفٍ ومائتين وخمسين؛ لأنَّ الألفَ مستحَقٌّ برأسِ المالِ، والخَمسُمائةِ رِبحٌ، والرِّبحُ بينهما، فلهذا يَسعَى له في هذا المقدار.

ثمَّ إذا قَبَضَ ربُّ المالِ الألفَ، له أن يُضمِّنَ المُدَّعِي نِصفَ قيمةِ الأمِّ؛ لأنَّ الألفَ المأخوذَ لمَّا استُحِقَّ برأسِ المالِ لكونه مُقدَّماً في الاستيفاء، ظَهَرَ أنَّ الجاريةَ كلَّها رِبحٌ فيكون بينهما، وقد تقدَّمتْ دعوةٌ صحيحةٌ لاحتمال الفراشِ الثَّابتِ بالنِّكاح، وتوقَّفَ نَفاذُها لِفَقدِ المِلْكِ، فإذا ظَهَرَ المِلكُ نَفَذَت تلك الدَّعوةُ وصارتِ الجاريةُ أمَّ ولدٍ له، ويَضمَنُ نصيبَ ربِّ المالِ؛ لأنَّ هذا ضمانُ تَملُّكٍ، وضمانُ التَّملُّكِ لا يَستدعي صنعاً، كما إذا استولد جاريةً بالنِّكاح ثمَّ مَلَكَها هو وغيرُهُ وِراثةً، يَضمَنُ نصيبَ شَريكِهِ، كذا هذا، بخلافِ ضمانِ الولدِ على ما مَرَّ.

باب المضارب يضارب

وإذا دَفَعَ المُضارِبُ المالَ إلى غَيرِهِ مُضارَبَةً ولم يَأذَنْ له رَبُّ المالِ، لم يَضْمَنْ بِالدَّفعِ، ولا بِتصرُّفِ المُضارِبِ الثَّاني حتَّى يَربَحَ، فإذا رَبِحَ ضَمِنَ الأوَّلُ لِرَبِّ المالِ. ....

(باب المضارب يضارب)

قال: (وإذا دَفَعَ المُضارِبُ المالَ إلى غَيرِهِ مُضارَبَةً ولم يَأذَنْ له رَبُّ المالِ، لم يَضْمَنْ بِالدَّفعِ، ولا بِتصرُّفِ المُضارِبِ الثَّاني حتَّى يَربَحَ، فإذا رَبِحَ ضَمِنَ الأوَّلُ لِرَبِّ المالِ)، وهذا روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا عَمِلَ به ضَمِنَ، رَبِحَ أو لم يَربَحْ، وهذا ظاهرُ الرِّواية.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: يَضمَنُ بالدَّفعِ، عَمِلَ أو لم يَعملْ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّ المَملوكَ له[1] الدَّفعُ على وجهِ الإيداعِ، وهذا الدَّفعُ على وَجهِ المُضاربةِ.

ولهما: أنَّ الدَّفعَ إيداعٌ حقيقةً، وإنَّما يَتقرَّرُ كونُهُ للمضارَبةِ بالعَملِ، فكان الحالُ مُراعىً قبلَهُ.

ولأبي حنيفة: أنَّ الدَّفعَ قبلَ العملِ إيداعٌ، وبعدَهُ إبضاعٌ، والفِعلانِ يَملِكُهما المُضارِبُ، فلا يَضمَنُ بهما، إلَّا أنَّه إذا رَبِحَ فقد أثبَتَ له شَرِكةً في المال، فَيَضمَنُ كما لو خَلَطَه بغيره، وهذا[2] إذا كانتِ المضارَبةُ صحيحةً، فإن كانت فاسدةً لا يَضمَنُهُ الأوَّلُ وإنْ عَمِلَ الثَّاني؛ لأنَّه أجيرٌ فيه ولَهُ أجرُ مِثلِهِ، فلا تَثبُتُ الشَّرِكةُ به.

---

(١) أي: للمضارِبِ، أراد: أنَّ الذي يملكه المضارِبُ هو الدَّفعُ ... إلخ.

(٢) أي: وجوبُ الضَّمانِ على الأوَّل، أو عليهما بالرِّبح أو العمل. عناية.

ثمَّ ذكر في الكتاب يَضْمَنُ الأوَّل، ولم يَذكرِ الثَّاني. وقيل: يَنبغي أنْ لا يَضْمَنَ الثَّاني عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندهما يَضمَنُ، بناءً على اختلافِهم في مُودَعِ المُودَع.

وقيل: ربُّ المالِ بالخيار، إن شاءَ ضَمَّنَ الأوَّل، وإن شاءَ ضَمَّن الثَّاني[1] بالإجماع، وهو[2] المشهورُ، وهذا عندهما ظاهرٌ[3]، وكذا عنده[4].

ووجهُ الفَرقِ له بين هذه وبينَ مُودَعِ المُودَعِ: أنَّ المُودَعَ الثَّاني يَقبِضُه لِمَنفعةِ الأوَّلِ، فلا يكونُ ضامناً، أمَّا المُضارِبُ الثَّاني يعملُ فيه لِنَفعِ نفسِهِ، فجاز أن يكون ضامناً.

ثمَّ إنْ ضمَّنَ الأوَّلَ صَحَّتِ المُضاربةُ بينَ الأوَّلِ وبينَ الثَّاني، وكان الرِّبحُ بينهما على ما شَرَطا؛ لأنَّه ظهَرَ أنَّه مَلَكَه بالضَّمان من حينِ خالَفَ بالدَّفعِ إلى غيرِهِ لا على الوجهِ الذي رَضِيَ به، فصار كما إذا دَفَعَ مالَ نفسِهِ.

وإنْ ضمَّنَ الثَّاني رَجَع على الأوَّل بالعقدِ[5]؛ لأنَّه عاملٌ له[6] كما في المُودَعِ، ولأنَّه مغرورٌ من جهتِهِ[7] في ضِمْنِ العقدِ. وتصحُّ المُضاربةُ[8] والرِّبحُ بينهما على ما شَرَطا؛ لأنَّ إقرارَ الضَّمانِ على الأوَّلِ، فكأنَّه[9] ضَمَّنَه ابتداءً، ويَطيبُ الرِّبحُ للثَّاني ولا يطيبُ للأعلى؛ لأنَّ الأسفلَ يَستحقُّه بعمَلِهِ ولا خُبْثَ في العمل، والأعلى يَستحِقُّه بِمِلكِه المُستنِدِ بأداءِ الضَّمانِ، ولا يَعرَى عن نوعِ خَبَث.

---

(١) وذلك لحصول التَّعدِّي منهما، من الأوَّل لأنَّه دفع مالَ الغير، ومن الثَّاني لأنَّه أخَذَ. بناية.

(٢) أي: هذا القول الأخير.

(٣) لأنَّهما يُضمِّنان مودَعَ المودَعِ. بناية.

(٤) أي: على قول من قال: إنَّ مودَعَ المودَعِ يضمن عند الإمام أيضاً.

(٥) أي: رجع ربُّ المالِ على الأوَّل بسبب العقد.

(٦) أي: لأنَّ المضارب الثاني عاملٌ للمضارِب الأوَّل.

(٧) أي: ولأنَّ الثاني مغرورٌ من جهة الأوَّل. بناية.

(٨) أي: المضاربةُ الثَّانية.

(٩) أي: فكأنَّ ربَّ المالِ ضمَّن الأوَّلَ ابتداءً.

فإذا دَفَعَ ربُّ المالِ مُضارَبَةً بالنِّصفِ، وأذِنَ له بِأنْ يَدفَعَهُ إلى غَيرِهِ، فَدَفَعَهُ بالثُّلُثِ، وقد تَصرَّفَ الثَّاني ورَبِحَ، فإنْ كانَ ربُّ المالِ قال له: «على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ فهو بيننا نِصفانِ» فَلِرَبِّ المالِ النِّصفُ، ولِلمُضارِبِ الثَّاني الثُّلثُ، ولِلمُضارِبِ الأوَّلِ السُّدُسُ، وإنْ كان قال له: «على أنَّ ما رَزَقَكَ اللهُ فهو بيننا نِصفانِ» فَلِلمُضارِبِ الثَّاني الثُّلثُ، والباقي بينَ المُضارِبِ الأوَّلِ وربِّ المالِ نِصفانِ، ولو كان قال له: «فما رَبِحتَ مِنْ شَيءٍ فَبَيني وبَينَكَ نِصفانِ» وقد دَفَعَ الأوَّلُ إلى غَيرِهِ بالنِّصفِ، فَلِلثَّاني النِّصفُ، والباقي بينَ الأوَّلِ وربِّ المالِ نصفان، ....

قال: (فإذا دَفَعَ ربُّ المالِ مُضارَبَةً بالنِّصفِ، وأذِنَ له بِأنْ يَدفَعَهُ إلى غَيرِهِ، فَدَفَعَهُ بالثُّلُثِ، وقد تَصرَّفَ الثَّاني ورَبِحَ، فإنْ كانَ ربُّ المالِ قال له: «على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ فهو بيننا نِصفانِ» فَلِرَبِّ المالِ النِّصفُ، ولِلمُضارِبِ الثَّاني الثُّلُثُ، ولِلمُضارِبِ الأوَّلِ السُّدُسُ)؛ لأنَّ الدَّفعَ إلى الثَّاني مُضارَبَةً قد صحَّ؛ لِوُجودِ الأمرِ به من جهةِ المالِكِ، وربُّ المالِ شَرَط لنفسِهِ نِصفَ جميعِ ما رَزَقَ اللهُ تعالى، فلم يَبقَ للأوَّلِ إلَّا النِّصفُ، فَينصرِفُ تَصرُّفُهُ إلى نَصيبِهِ، وقد جعَلَ من ذلك بِقَدرِ ثُلُثِ الجميع لِلثَّاني فيكونُ لَهُ، فلم يَبقَ إلَّا السُّدُسُ، ويطيبُ لهما ذلك؛ لأنَّ فِعلَ الثَّاني واقعٌ للأوَّلِ، كمَنِ استُؤجِرَ على خياطةِ ثَوبٍ بِدِرهمٍ، واستأجَرَ غيرَهُ عليه بنصفِ درهم.

(وإنْ كان قال له: «على أنَّ ما رَزَقَكَ اللهُ فهو بيننا نِصفانِ» فَلِلمُضارِبِ الثَّاني الثُّلُثُ، والباقي بينَ المُضارِبِ الأوَّلِ وربِّ المالِ نِصفانِ)؛ لأنَّه فوَّضَ إليه التَّصرُّفَ، وجعَلَ لنفسِهِ نِصفَ ما رُزِقَ الأوَّلُ، وقد رُزِقَ الثُّلثَين، فيكون بينهما، بخلافِ الأوَّلِ؛ لأنَّه جعَلَ لنفسِهِ نصفَ جميعِ الرِّبحِ، فافترقا.

(ولو كان قال له: «فما رَبِحتَ مِنْ شَيءٍ فَبَيني وبَينَكَ نِصفانِ» وقد دَفَعَ [الأوَّلُ][1] إلى غَيرِهِ بالنِّصفِ، فَلِلثَّاني النِّصفُ، والباقي بينَ الأوَّلِ وربِّ المالِ [نصفان][2])؛

---

(١) ما بين قوسين زيادة من (أ).

(٢) ما بين قوسين زيادة من (ج)، و(أ).

ولو كانَ قال له: «على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالى فَلِي نِصْفُهُ»، أو قال: «فما كان مِنْ فَضْلٍ فَبيني وبينَكَ نِصفانِ» وقد دَفَعَ إلى آخَرَ مُضارَبَةً بالنِّصفِ، فلرَبِّ المالِ النِّصفُ، ولِلمُضارِبِ الثَّاني النِّصفُ، ولا شيءَ لِلمُضارِبِ الأوَّلِ. وإنْ شَرَطَ لِلمُضارِبِ الثَّاني ثُلُثَي الرِّبحِ، فَلِرَبِّ المالِ النِّصفُ، ولِلمُضارِبِ الثَّاني النِّصفُ، ويَضمَنُ المُضارِبُ الأوَّلُ لِلثَّاني سُدُسَ الرِّبحِ في مالِهِ.

لأنَّ الأوَّلَ شَرَط للثَّاني نِصفَ الرِّبحِ، وذلك مُفوَّضٌ إليه من جهةِ ربِّ المالِ، فَيستحِقُّه، وقد جعَلَ ربُّ المالِ لنفسِهِ نِصفَ ما رَبِحَ الأوَّلُ، ولم يَربَحْ إلَّا النِّصفَ، فيكونُ بينهما.

(ولو كانَ قال له: «على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالى فَلِي نِصْفُهُ»، أو قال: «فما كان مِنْ فَضْلٍ فَبيني وبينَكَ نِصفانِ» وقد دَفَعَ إلى آخَرَ مُضارَبَةً بالنِّصفِ، فلرَبِّ المالِ النِّصفُ، ولِلمُضارِبِ الثَّاني النِّصفُ، ولا شيءَ لِلمُضارِبِ الأوَّلِ)؛ لأنَّه جعَلَ لنفسِهِ نِصفَ مُطلَقِ الفَضلِ، فَينصرِفُ شَرطُ الأوَّلِ النِّصفَ للثَّاني إلى جميعِ نَصيبِهِ، فيكونُ للثَّاني بالشَّرطِ، ويَخرُجُ الأوَّلُ بغير شيءٍ، كمَنْ استُؤجِرَ لِيَخيطَ ثوباً بدرهمٍ، فاستأجَرَ غيرَهُ لِيَخيطَهُ بمثلِهِ.

(وإنْ شَرَطَ لِلمُضارِبِ الثَّاني ثُلُثَي الرِّبحِ، فَلِرَبِّ المالِ النِّصفُ، ولِلمُضارِبِ الثَّاني النِّصفُ، ويَضمَنُ المُضارِبُ الأوَّلُ لِلثَّاني سُدُسَ الرِّبحِ في مالِهِ)؛ لأنَّه شَرَطَ للثَّاني شيئاً هو مُستَحَقٌّ لربِّ المالِ، فلم يَنفُذْ في حقِّه لِما فيه من الإبطالِ، لكن التَّسميةُ في نَفسِها صحيحةٌ؛ لكونِ المُسمَّى معلوماً في عَقدٍ يَملِكُه، وقد ضَمِنَ له السَّلامةَ فَيلزَمُه الوفاءُ به، ولأنَّه غرَّهُ في ضِمْنِ العقدِ، وهو سببُ الرُّجوعِ، فلهذا يَرجِعُ عليه، وهو نظيرُ مَنِ استُؤجِرَ لِخياطةِ ثَوبٍ بدرهمٍ، فدَفَعه إلى مَن يَخيطُهُ بدرهمٍ ونصف.

فصل

وإذا شَرَطَ المُضارِبُ لِرَبِّ المالِ ثُلُثَ الرِّبحِ، ولِعَبدِ ربِّ المالِ ثُلُثَ الرِّبحِ، على أنْ يَعْمَلَ العبدُ معه، ولِنَفسِهِ ثُلُثَ الرِّبحِ، فهو جائزٌ. ولو عَقَدَ العبدُ المأذونُ عَقْدَ المُضارَبةِ مع أجنبيٍّ وشَرَطَ العَمَلَ على المَولى، لا يصحُّ إنْ لم يكن عليه دَينٌ،

(فصل)

(وإذا شَرَطَ المُضارِبُ لِرَبِّ المالِ ثُلُثَ الرِّبحِ، ولِعَبدِ ربِّ المالِ ثُلُثَ الرِّبحِ، على أنْ يَعْمَلَ [العبدُ][1] معه، ولِنَفسِهِ ثُلُثَ الرِّبحِ، فهو جائزٌ)؛ لأنَّ للعبدِ يداً مُعتَبَرةً، خُصوصاً إذا كان مأذوناً له، واشتراطُ العملِ إذنٌ له، ولهذا[2] لا يكونُ لِلمَولى وِلايةُ أَخذِ ما أَودَعَه العبدُ وإنْ كان مَحجُوراً عليه، ولهذا[3] يجوزُ بيعُ المَولى من عَبدِهِ المَأذونِ له، وإذا كان كذلك[4] لم يكن[5] مانعاً من التَّسليم والتَّخليةِ بينَ المالِ والمُضارِبِ. بخلافِ اشتراطِ العملِ على ربِّ المالِ؛ لأنَّه مانعٌ من التَّسليمِ على ما مَرَّ[6].

وإذا صَحَّتِ المُضاربةُ يكونُ الثُّلثُ لِلمُضارِبِ بالشَّرطِ، والثُّلثانِ للمولى؛ لأنَّ كَسْبَ العبدِ للمولى إذا لم يكن عليه دَينٌ، وإن كان عليه دينٌ فهو لِلغُرَماء.

هذا إذا كان العاقدُ هو المولى، (ولو عَقَدَ العبدُ المأذونُ عَقْدَ المُضارَبةِ مع أجنبيٍّ وشَرَطَ العَمَلَ على المَولى، لا يصحُّ إنْ لم يكن عليه دَينٌ)؛ لأنَّ هذا اشتراطُ العملِ

---

(١) زيادة من (أ).

(٢) أي: ولأنَّ يدَ العبدِ يدٌ معتبرةٌ خصوصاً إذا كان مأذوناً له.

(٣) أي: ولِعَدمِ ولايةِ الأخذِ للمولى من مودَعِ العبد.

(٤) يعني: إذا كان الحكمُ ما ذكرنا من كونِ يدِ العبدِ معتبرةً.

(٥) أي: اشتراطُ عملِ عبدِ ربِّ المال مقابِلَ ثُلُثِ الرِّبح.

(٦) أي: عند قوله: «وشرطُ العملِ على ربِّ المال مفسدٌ للعقد؛ لأنَّه يمنع خلوص يد المضارب» انظر ص (٥٥٦).

وإنْ كان على العبدِ دَينٌ صحَّ عند أبي حنيفة.

على المالك، (وإنْ كان على العبدِ دَينٌ صحَّ عند أبي حنيفة)؛ لأنَّ المولى بمنزلةِ الأجنبيِّ عنده على ما عُرِف، والله أعلم.

فصل في العزل والقسمة

وإذا ماتَ رَبُّ المالِ أو المُضارِبُ بَطَلَتِ المُضارَبَةُ. وإنِ ارتَدَّ رَبُّ المالِ عن الإسلامِ ولَحِقَ بِدارِ الحَربِ بَطَلَتِ المُضارَبةُ، ولو كان المُضارِبُ هو المُرتَدَّ، فالمُضارَبَةُ على حالِها. فإنْ عَزَلَ رَبُّ المالِ المُضارِبَ ولم يَعْلَمْ بِعَزلِهِ حتَّى اشترى وباعَ، فَتَصرُّفُهُ جائزٌ، وإنْ عَلِمَ بِعَزلِهِ والمالُ عُرُوضٌ، فَلَهُ أنْ يَبِيعَها، ولا يَمْنَعُهُ العَزْلُ من ذلك، ....

(فصل في العزل والقسمة)

قال: (وإذا ماتَ رَبُّ المالِ أو المُضارِبُ بَطَلَتِ المُضارَبَةُ)؛ لأنَّه توكيلٌ على ما تقدَّم، وموتُ المُوكِّلِ يُبطِلُ الوَكالةَ، وكذا موتُ الوكيلِ، ولا تُورَثُ الوَكالةُ، وقد مَرَّ من قبل.

(وإنِ ارتَدَّ رَبُّ المالِ عن الإسلامِ) والعياذُ باللهِ (ولَحِقَ بِدارِ الحَربِ بَطَلَتِ المُضارَبةُ)؛ لأنَّ اللُّحوقَ بمنزلةِ الموتِ، ألا ترى أنَّه يُقسَمُ مالُهُ بين وَرَثتِهِ، وقبلَ لُحُوقِهِ يَتوقَّفُ تَصرُّفُ مُضارِبِه عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ له، فصارَ كتَصرُّفِهِ بنفسه.

(ولو كان المُضارِبُ هو المُرتَدَّ، فالمُضارَبَةُ على حالِها)؛ لأنَّ له عبارةً صحيحةً، ولا تَوقُّفَ في مِلكِ ربِّ المالِ، فَبَقيتِ المُضاربةُ.

قال: (فإنْ عَزَلَ رَبُّ المالِ المُضارِبَ ولم يَعْلَمْ بِعَزلِهِ حتَّى اشترى وباعَ، فَتَصرُّفُهُ جائزٌ)؛ لأنَّه وكيلٌ من جِهتِهِ، وعَزلُ الوكيلِ قَصداً يتوقَّفُ على عِلْمِهِ، (وإنْ عَلِمَ بِعَزلِهِ والمالُ عُرُوضٌ، فَلَهُ أنْ يَبِيعَها، ولا يَمْنَعُهُ العَزْلُ من ذلك)؛ لأنَّ حقَّه قد ثبَتَ في الرِّبحِ، وإنَّما يظهرُ بالقسمةِ، وهي تُبتَنَى على رأسِ المالِ، وإنَّما يَنِضُّ بالبيعِ[1].

---

(١) أي: وإنما يُنقَدُ رأسُ المالِ بأن تُباعَ العروض. «نَضَّ، يَنِضُّ» من باب ضرب، من التنضيض، وهو خروج الماء عن الحجر أو نحوه قليلاً قليلاً، والنَّاضُّ عند أهل الحجازِ الدَّراهمُ والدَّنانير. بناية.

ثمَّ لا يَجوزُ أن يَشترِيَ بِثَمَنِها شيئاً آخَرَ، فإنْ عَزَلَهُ ورأسُ المالِ دراهمُ أو دنانيرُ، وقد نَضَّتْ، لم يَجُزْ له أنْ يَتَصَرَّفَ فيها. وإذا افترقا وفي المالِ دُيونٌ، وقد رَبِحَ المُضارِبُ فيه، أجبَرَهُ الحاكِمُ على اقتِضاءِ الدُّيونِ، وإنْ لم يَكُنْ له رِبحٌ، لم يَلزَمْهُ الاقتِضاءُ، ويقالُ له: «وَكِّلْ ربَّ المالِ في الاقتضاء». ....

قال: (ثمَّ لا يَجوزُ أن يَشترِيَ بِثَمَنِها شيئاً آخَرَ)؛ لأنَّ العزلَ إنَّما لم يَعملْ ضرورةَ مَعرفةِ رأسِ المالِ، وقدِ اندفعت حيثُ صارَ نَقْداً، فَيعمَلُ العَزْلُ.

(فإنْ عَزَلَهُ ورأسُ المالِ دراهمُ أو دنانيرُ، وقد نَضَّتْ، لم يَجُزْ له أنْ يَتَصَرَّفَ فيها)؛ لأنَّه ليس في إعمالِ عَزلِهِ إبطالُ حقِّه في الرِّبح، فلا ضرورةَ.

قال: وهذا الذي ذكَرَهُ إذا كان[1] من جنسِ رأسِ المالِ، فإنْ لم يكنْ، بأن كانَ دراهمَ ورأسُ المالِ دنانيرُ، أو على القَلْبِ، له أن يَبيعَها بجنسِ رأسِ المالِ استحساناً؛ لأنَّ الرِّبحَ لا يظهَرُ إلَّا به، وصار كالعُرُوض.

وعلى هذا موتُ ربِّ المالِ، ولَحُوقُهُ بعدَ الرِّدَّةِ في بَيعِ العُرُوضِ ونحوها[2].

قال: (وإذا افترقا وفي المالِ دُيونٌ، وقد رَبِحَ المُضارِبُ فيه، أجبَرَهُ الحاكِمُ على اقتِضاءِ الدُّيونِ)؛ لأنَّه بمنزلةِ الأجيرِ، والرِّبحُ كالأجرِ له. (وإنْ لم يَكُنْ له رِبحٌ، لم يَلزَمْهُ الاقتِضاءُ)؛ لأنَّه وكيلٌ مَحْضٌ، والمُتبرِّعُ لا يُجبَرُ على إيفاءِ ما تبرَّعَ به، (ويقالُ له: «وَكِّلْ ربَّ المالِ في الاقتضاء»)؛ لأنَّ حقوقَ العَقدِ تَرجِعُ إلى العاقد، فلا بدَّ من تَوكيلِهِ وتَوكُّلِه كي لا يضيعَ حقُّه.

وقال في الجامع الصَّغير: يقال له: «أَجِّلْ» مكانَ قوله: «وَكِّل»، والمرادُ منه الوَكالةُ، وعلى هذا سائرُ الوَكالاتِ[3]، والبَيَّاعُ والسِّمسارُ يُجبَرانِ على التَّقاضي؛

---

(١) أي: المال الذي نَضَّ.

(٢) يريدُ به أنَّ العَزلَ الحُكميَّ كالقَصديِّ في حقِّ المُضارِب، ففي كلِّ موضعٍ لم يَصحَّ العَزلُ القَصدِيُّ لم يصحَّ الحكميُّ. عناية.

(٣) يعني: الوكيلُ إذا باعَ وانعزَلَ يُقال له: «وَكِّل الموكِّل بالاقتضاء». عناية.

وما هَلَكَ مِنْ مالِ المُضارَبةِ فهو مِنَ الرِّبحِ دونَ رأسِ المالِ، فإنْ زادَ الهالِكُ على الرِّبحِ، فلا ضَمانَ على المُضارِبِ. وإنْ كانا يَقتَسِمانِ الرِّبحَ والمُضارَبَةُ بِحالِها، ثمَّ هَلَكَ المالُ، بَعضُهُ أو كُلُّه، تَرادَّا الرِّبحَ، حتَّى يَستوفيَ ربُّ المالِ رأسَ المالِ، وإذا استَوفَى رأسَ المالِ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ، كان بينهما؛ لأنَّه رِبحٌ، وإنْ نَقَصَ فلا ضَمانَ على المُضارِبِ. فلو اقتسما الرِّبحَ وفسخا المضاربَةَ ثمَّ عقداها، فهلَكَ المالُ، لم يترادَّا الرِّبحَ الأوَّل.

لأنَّهما يَعملانِ بأجرٍ عادةً.

قال: (وما هَلَكَ مِنْ مالِ المُضارَبةِ فهو مِنَ الرِّبحِ دونَ رأسِ المالِ)؛ لأنَّ الرِّبحَ تابعٌ، وصَرْفُ الهلاكِ إلى ما هو التَّبَعُ أولى، كما يُصرَفُ الهَلاكُ إلى العَفوِ في الزَّكاة، (فإنْ زادَ الهالِكُ على الرِّبحِ، فلا ضَمانَ على المُضارِبِ)؛ لأنَّه أمينٌ.

(وإنْ كانا يَقتَسِمانِ الرِّبحَ والمُضارَبَةُ بِحالِها، ثمَّ هَلَكَ المالُ، بَعضُهُ أو كُلُّه، تَرادَّا الرِّبحَ، حتَّى يَستوفيَ ربُّ المالِ رأسَ المالِ)؛ لأنَّ قسمةَ الرِّبحِ لا تصحُّ قبلَ استيفاءِ رأسِ المالِ؛ لأنَّه هو الأصلُ، وهذا بناءٌ عليه وتبَعٌ له، فإذا هَلَك ما في يدِ المُضارِبِ أمانةً تبيَّنَ أنَّ ما استوفياه من رأسِ المالِ، فَيَضمنُ المُضارِبُ ما استوفاه؛ لأنَّه أخَذَه لنفسِهِ، وما أخَذَه ربُّ المالِ مَحسوبٌ من رأسِ مالِهِ.

(وإذا استَوفَى رأسَ المالِ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ، كان بينهما؛ لأنَّه رِبحٌ، وإنْ نَقَصَ فلا ضَمانَ على المُضارِبِ)؛ لِما بيَّنَّا[1]. (فلو اقتسما الرِّبحَ وفسخا المضاربَةَ ثمَّ عقداها، فهلَكَ المالُ، لم يترادَّا الرِّبحَ الأوَّل)، لأنَّ المضاربَةَ الأولى قد انتهت، والثَّانيةُ عقدٌ جديد، فهلاك المالِ في الثاني لا يوجبُ انتقاضَ الأول، كما إذا دفع إليه مالاً آخر، والله أعلم.

---

(١) أشار به إلى قوله: «لأنَّه أمين».

فصل فيما يفعله المضارب

ويَجوزُ لِلمُضارِبِ أنْ يَبِيعَ ويشتريَ بِالنَّقدِ والنَّسيئةِ، ولو احتال بالثَّمنِ على الأيسَرِ أو الأعسَرِ جازَ. ....

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال: (ويَجوزُ لِلمُضارِبِ أنْ يَبِيعَ ويشتريَ بِالنَّقدِ والنَّسيئةِ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك من صَنيعِ التُّجَّارِ فَيَنتَظِمُه إطلاقُ العقدِ، إلَّا إذا باعَ إلى أجلٍ لا يَبِيعُ التُّجَّارُ إليه؛ لأنَّ له الأمرَ العامَّ المعروفَ بينَ النَّاسِ، ولهذا كان له أن يَشترِيَ دابَّةً لِلرُّكوبِ، وليس له أن يَشتريَ سفينةً لِلرُّكوبِ، وله أنْ يَستكرِيَها اعتباراً لعادةِ التُّجارِ، وله أنْ يأذَنَ لِعَبدِ المُضاربةِ في التِّجارةِ في الرِّوايةِ المشهورةِ؛ لأنَّه من صَنيعِ التِّجارِ.

ولو باعَ بالنَّقدِ، ثمَّ أخَّرَ الثَّمَنَ جازَ بالإجماعِ:

- أمَّا عندهما فلأنَّ الوكيلَ يَملِكُ ذلك، فالمُضارِب أولى، إلَّا أنَّ المُضارِبَ لا يَضمَنُ؛ لأنَّ له أنْ يُقايِلَ ثمَّ يَبيعَ نسيئةً، ولا كذلكَ الوكيلُ؛ لأنَّه لا يَملِكُ ذلك.

- وأمَّا عند أبي يوسف، فلأنَّه يَملِكُ الإقالةَ ثمَّ البيعَ بالنَّساء. بخلافِ الوكيلِ لأنَّه لا يَملِكُ الإقالةَ.

(ولو احتال بالثَّمنِ على الأيسَرِ أو الأعسَرِ جازَ)؛ لأنَّ الحوالةَ من عادةِ التُّجَّارِ، بخلاف الوَصيِّ يحتالُ بمالِ اليتيم، حيثُ يُعتَبَرُ فيه الأنظَرُ، لأنَّ تَصرُّفَه مقيَّدٌ بِشَرطِ النَّظر، والأصلُ: أنَّ ما يَفعَلُه المُضارِبُ ثلاثةُ أنواع:

- نوعٌ يَملِكُه بِمُطلَقِ المُضاربةِ، وهو ما يكونُ من بابِ المُضاربةِ وتَوابِعِها، وهو ما ذكرنا، ومن جُملتِهِ التَّوكيلُ بالبيعِ والشِّراءِ للحاجةِ إليه، والرَّهنُ والارتهانُ؛ لأنَّه إيفاءٌ واستيفاءٌ، والإجارةُ والاستئجارُ والإيداعُ والإبضاعُ والمُسافَرَةُ على ما ذكرناه من قبل.

ولا يُزَوِّجُ عَبداً ولا أَمَةً مِنْ مالِ المُضارَبةِ. ....

- ونوعٌ لا يَملِكُهُ بِمُطلَقِ العَقدِ، ويَملِكُهُ إذا قيل له: «اِعملْ برأيك»، وهو ما يَحتمِلُ أن يُلحَقَ به، فيُلحَقُ عند وُجودِ الدِّلالةِ، وذلك مِثلُ دفع المالِ مُضارَبةً أو شَركةً إلى غيرِه، وخَلطِ مالِ المُضارَبةِ بمالِهِ أو بمالِ غَيرِهِ؛ لأنَّ ربَّ المالِ رَضِيَ بِشَرَكتِهِ لا بِشَركةِ غيرِه، وهو[١] أمرٌ عارضٌ لا يتوقَّفُ عليه التِّجارةُ، فلا يدخلُ تحتَ مُطلَقِ العقدِ ولكنَّه جهةٌ في التَّثميرِ، فمن هذا الوجهِ يُوافِقُهُ، فيدخلُ فيه عندَ وُجودِ الدِّلالةِ، وقولُهُ: «اعملْ برأيكَ» دِلالةٌ على ذلك.

- ونوعٌ لا يَملِكُهُ بِمُطلَقِ العَقدِ، ولا بِقَولِهِ: «اِعمَلْ برأيك»، إلَّا أن يَنصَّ عليه ربُّ المالِ، وهو الاستدانةُ، وهو أن يشتريَ بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ بعدما اشترى برأسِ المالِ السِّلعةَ وما أشبَهَ ذلك؛ لأنَّه يصيرُ المالُ زائداً على ما انعقَدَ عليه المُضارَبةُ، ولا يَرضَى به[٢] ولا يَشغَلُ ذِمَّتَه بالدَّين. ولو أذِنَ له ربُّ المالِ بالاستدانةِ صارَ المُشتَرَى بينهما نِصفَينِ، بمنزلةِ شَركةِ الوُجوهِ.

وأخذُ[٣] السَّفاتِجِ؛ لأنَّه نوعٌ من الاستدانة، وكذا إعطاؤها؛ لأنَّه إقراضٌ. والعِتقُ بمالٍ وبغيرِ مالٍ، والكتابةُ؛ لأنَّه ليس بتجارةٍ، والإقراضُ والهبةُ والصَّدقةُ؛ لأنَّه تبرُّعٌ مَحضٌ.

قال: (ولا يُزَوِّجُ عَبداً ولا أَمَةً مِنْ مالِ المُضارَبةِ)، وعن أبي يوسف أنَّه يُزوِّجُ الأمَةَ؛ لأنَّه من بابِ الاكتسابِ؛ ألا تَرى أنَّه يَستفيدُ به المهرَ وسُقُوطَ النَّفقة.

ولهما: أنَّه ليس بتجارةٍ، والعقدُ لا يَتضمَّنُ إلَّا التَّوكيلَ بالتِّجارة، وصارَ كالكتابةِ والإعتاقِ على مالٍ، لأنَّه اكتسابٌ، ولكن لمَّا لم يكنْ تجارةً لا يدخلُ تحتَ المُضاربةِ، فكذا هذا.

---

(١) أي: دفعُ مالٍ مُضاربةً أو شركةً إلى غيره، أو خلطُ مالِ المضاربةِ بمالِهِ أو بمالِ غيره. بناية.

(٢) أي: لا يرضى ربُّ المالِ بذلك الزَّائد.

(٣) معطوفٌ على قوله: «وهو الاستدانة».

فإنْ دفعَ شيئاً مِنْ مالِ المُضارَبةِ إلى رَبِّ المالِ بِضاعَةً، فاشترى ربُّ المالِ وباعَ، فهو على المُضارَبةِ. وإذا عَمِلَ المُضارِبُ في المِصْرِ فليست نَفَقتُهُ في المالِ، وإنْ سافَرَ فَطعامُهُ وشَرابُهُ وكِسْوَتُهُ ورَكُوبُهُ في المال، ....

قال: (فإنْ دفعَ شيئاً مِنْ مالِ المُضارَبةِ إلى رَبِّ المالِ بِضاعَةً، فاشترى ربُّ المالِ وباعَ، فهو على المُضارَبةِ). وقال زفر: تَفسُدُ المُضاربةُ؛ لأنَّ ربَّ المالِ مُتصرِّفٌ في مالِ نفسِهِ، فلا يَصلُحُ وكيلاً فيه، فيصيرُ مُستردًّاً، ولهذا لا تَصحُّ إذا شَرَطَ العمَلَ عليه ابتداءً.

ولنا: أنَّ التَّخليةَ فيه قد تمَّتْ، وصار التَّصرُّفُ حقَّاً لِلمُضارِبِ، فَيَصلُحُ ربُّ المالِ وكيلاً عنه في التَّصرُّفِ، والإبضاعُ توكيلٌ منه، فلا يكون استرداداً، بخلافِ شَرطِ العَملِ عليه في الابتداءِ؛ لأنَّه يَمنَعُ التَّخليةَ، وبخلافِ ما إذا دفَعَ المالَ إلى ربِّ المالِ مُضارَبةً، حيثُ لا يصحُّ؛ لأنَّ المُضاربةَ تَنعقِدُ شركةً على مالِ ربِّ المالِ وعَملِ المُضاربِ، ولا مالَ هاهنا للمضارِبِ، فلو جَوَّزناه يُؤدِّي إلى قَلبِ المَوضوعِ، وإذا لم يَصِحَّ بقي عَملُ ربِّ المالِ بأمرِ المضارِبِ فلا يَبطُلُ به المُضاربةُ الأولى.

قال: (وإذا عَمِلَ المُضارِبُ في المِصْرِ فليست نَفَقَتُهُ في المالِ، وإنْ سافَرَ فَطعامُهُ وشَرابُهُ وكِسْوَتُهُ ورَكُوبُهُ)، ومعناه: شِراءً وكِراءً (في المال)[1].

ووجهُ الفَرقِ[2]: أنَّ النَّفقةَ تجبُ بإزاءِ الاحتباسِ، كنَفَقةِ القاضي ونَفقةِ المرأةِ، والمُضارِبُ في المصرِ ساكنٌ بالسُّكنى الأصليِّ، وإذا سافرَ صارَ محبوساً بالمضاربةِ، فَيستحِقُّ النَّفقةَ فيه.

---

(١) أراد أنَّ المضارب في السَّفر له أن يركبَ إمَّا بشراءِ دابَّةٍ أو بكرائها. بناية.

(٢) أي: بين ما إذا عَمِلَ في المصر حيث لا نفقةَ له في مال المضاربة، وبين ما إذا عمل في السَّفر حيث يجب فيه. بناية.

فإنْ بَقِيَ شيءٌ في يَدِهِ بَعْدَما قَدِمَ مِصْرَهُ، رَدَّهُ في المُضارَبَةِ، وأمَّا الدَّواءُ فَفِي مالِهِ.

وهذا بخلافِ الأجيرِ؛ لأنَّه يَستحِقُّ البدَلَ لا محالةَ، فلا يَتضرَّرُ بالإنفاقِ من مالِهِ، أمَّا المُضارِبُ فليس له إلَّا الرِّبحُ، وهو في حيِّزِ التَّردُّدِ[1]، فلو أنفقَ من مالِهِ يَتضرَّرُ به، وبخلافِ المُضارَبةِ الفاسدةِ لأنَّه أجيرٌ، وبخلافِ البِضاعةِ لأنَّه مُتبرِّع.

قال: (فإنْ بَقِيَ شيءٌ في يَدِهِ بَعْدَما قَدِمَ مِصْرَهُ، رَدَّهُ في المُضارَبَةِ)؛ لانتهاءِ الاستحقاقِ.

ولو كان خروجُهُ دونَ السَّفرِ:

- فإن كان بحيثُ يَغدُو ثمَّ يَروحُ فَيَبيتُ بأهلِهِ، فهو بِمَنزلةِ السُّوقيِّ في المصر.

- وإنْ كان بحيثُ لا يَبِيتُ بأهلِهِ، فَنَفَقتُهُ في مالِ المُضاربةِ؛ لأنَّ خُروجَهُ لِلمُضاربةِ.

والنَّفقةُ هي ما يُصرَفُ إلى الحاجةِ الرَّاتبةِ، وهو ما ذكرنا، ومِنْ جملةِ ذلك غَسلُ ثيابِهِ، وأُجرةُ أَجيرٍ يَخدُمُه، وعَلَفُ دابَّةٍ يَركَبُها، والدُّهن في مَوضِعٍ يحتاجُ إليه عادةً كالحجاز. وإنَّما يُطلَقُ في جميعِ ذلك بالمعروف، حتَّى يَضمَنَ الفَضْلَ إن جاوَزَهُ اعتباراً لِلمُتعارَفِ بينَ التُّجَّار.

قال: (وأمَّا الدَّواءُ فَفِي مالِهِ) في ظاهر الرِّواية. وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يدخلُ في النَّفقةِ؛ لأنَّه لإصلاحِ بَدَنِهِ، ولا يَتمكَّنُ من التِّجارةِ إلَّا به، فصار كالنَّفقةِ.

وجهُ الظَّاهر: أنَّ الحاجةَ إلى النَّفقةِ مَعلُومةُ الوُقوعِ، وإلى الدَّواءِ بِعارِضِ المَرَضِ، ولهذا[2] كانت نفقةُ المرأةِ على الزَّوجِ، ودَواؤُها في مالِها.

---

(١) أي: بين أن يكون وبين أن لا يكون.

(٢) أشار إلى الفرق بين النَّفقة والدَّواء. بناية.

وإذا رَبِحَ أخَذَ رَبُّ المالِ ما أنفَقَ مِنْ رأسِ المالِ، فإنْ باعَ المَتاعَ مُرابَحَةً، حَسَبَ ما أنفَقَ على المَتاعِ مِنَ الحُملانِ ونحوِهِ، ولا يَحتَسِبُ ما أنفَقَ على نَفسِهِ. فإنْ كان معه ألفٌ فاشتَرَى بها ثياباً، فَقَصَرها أو حَمَلَها بمائةٍ من عندِهِ، وقد قيل له: «اِعمَلْ بِرَأيكَ» فهو مُتطوِّعٌ، وإن صَبَغَها أحمَرَ فهو شَرِيكٌ بِما زادَ الصَّبغُ فيه، ولا يَضْمَنُ.

قال: (وإذا رَبِحَ أخَذَ رَبُّ المالِ ما أنفَقَ مِنْ رأسِ المالِ، فإنْ باعَ المَتاعَ مُرابَحَةً، حَسَبَ ما أنفَقَ على المَتاعِ مِنَ الحُملانِ ونحوِهِ، ولا يَحتَسِبُ ما أنفَقَ على نَفسِهِ)؛ لأنَّ العُرفَ جارٍ بإلحاقِ الأوَّلِ دونَ الثَّاني، ولأنَّ الأوَّلَ يُوجِبُ زيادةً في الماليَّةِ بزيادةِ القيمةِ، والثَّاني لا يُوجِبُها.

قال: (فإنْ كان معه ألفٌ فاشتَرَى بها ثياباً، فَقَصَرها أو حَمَلَها بمائةٍ من عندِهِ، وقد قيل له: «اِعمَلْ بِرَأيكَ» فهو مُتطوِّعٌ)؛ لأنَّه استدانةٌ على ربِّ المال، فلا يَنتظِمُهُ هذا المقالُ على ما مَرَّ[١].

(وإنْ صَبَغَها أحمَرَ فهو شَرِيكٌ بِما زادَ الصَّبغُ فيه، ولا يَضْمَنُ)؛ لأنَّه عَينُ مالٍ قائمٍ به، حتَّى إذا بِيعَ كانَ له حِصَّةُ الصَّبغِ وحِصَّةُ الثَّوبِ الأبيضِ على المُضاربةِ[٢]، بخلافِ القَصارةِ[٣] والحَمْلِ لأنَّه ليس بِعَينِ مالٍ قائمٍ به، ولهذا إذا فعَلَه الغاصِبُ ضاعَ عمَلُهُ[٤] ....

---

(١) أي: عند قوله: «إلا أن ينصَّ عيه ربُّ المالِ، وهو الاستدانةُ»، انظر ص (٥٢٣).

(٢) ولبيان حِصَّةِ الصَّبغ يَنظُرُ المُضارِبُ إلى قيمةِ الثَّوبِ غيرَ مَصبوغٍ وإلى قيمتِهِ مصبوغاً، والفرقُ بينهما هو حِصَّةُ الصَّبغ، فإن كانت قيمتُهُ قبلَ الصَّبغ مائة، وبعد الصَّبغ مائةٌ وعشرةٌ، كانت قيمةُ الصَّبغِ عشرةً، فللمضاربةِ مائةٌ وللمضارِبِ عشرةٌ بدلُ مالِهِ، وهو الصَّبغ.

(٣) بفتح القاف؛ لأنَّ القِصارةَ بالكسرِ حِرفةُ القصَّار، وبالفتح فِعلُهُ، مصدرٌ من «قَصَر الثَّوبَ» إذا بيَّضه. بناية.

(٤) يعني: لبيان الفرق بين القَصارة والصَّبغِ، قال: لو قَصَر الغاصبُ الثَّوبَ الذي غصَبَهُ ضاع فعلُه، بمعنى أنَّ المغصوبَ منه يأخذُ الثَّوبَ مقصوراً مجَّاناً.

فصل آخر

فإنْ كان مَعَهُ ألفٌ بالنِّصفِ، فاشتَرَى بها بَزّاً، فَباعَهُ بِألفَينِ، ثمَّ اشتَرَى بالألفينِ عبداً، فلم يَنْقُدْهما حتَّى ضاعا، يَغْرَمُ ربُّ المالِ ألفاً وخَمسَمائةٍ والمُضارِبُ خَمسَمائةٍ، ويكونُ رُبعُ العبدِ لِلمُضارِبِ، وثلاثَةُ أرباعِهِ على المُضارِبةِ، ....

ولا يَضيعُ إذا صَبغَ المَغصوبَ[1]، وإذا صار شريكاً بالصَّبْغِ انتَظَمَه قولُهُ: «اِعمَلْ برأيك» انتظامَ الخَلطِ، فلا يَضمَنُه.

(فصل آخر)

قال: (فإنْ كان مَعَهُ ألفٌ بالنِّصفِ، فاشتَرَى بها بَزّاً[2]، فَباعَهُ بِألفَينِ، ثمَّ اشتَرَى بالألفينِ عبداً، فلم يَنْقُدْهما حتَّى ضاعا[3]، يَغْرَمُ ربُّ المالِ ألفاً وخَمسَمائةٍ والمُضارِبُ خَمسَمائةٍ، ويكونُ رُبعُ العبدِ لِلمُضارِبِ، وثلاثَةُ أرباعِهِ على المُضارِبةِ).

قال: هذا الذي ذَكَرَه حاصلُ الجواب[4]؛ لأنَّ الثَّمنَ كلَّه على المُضارِبِ، إذْ هو العاقِدُ، إلَّا أنَّ له حقَّ الرُّجوعِ على ربِّ المال بألفٍ وخَمسِمائةٍ على ما نُبيِّنُ[5]، فيكونُ عليه في الآخرة.

ووجهه: أنَّه لمَّا نَضَّ المالُ ظهَرَ الرِّبحُ، وهو خَمسُمائةٍ، فإذا اشترى بالألفين

---

(١) حتَّى إذا صبغَه أحمر أو أصفرَ، لم يكن للمالك أن يأخذه مجَّاناً، بل يتخيَّرُ ربُّ المالِ، إن شاء أخذَ الثَّوبَ وأعطاه قيمةَ ما زادَ الصَّبغُ فيه يومَ الخصومةِ، وإن شاء ضمَّنه جميعَ قيمةِ الثَّوبِ أبيضَ يومَ صُبغَ، وترك الثوبَ له. بناية.

(٢) قال محمد في السِّير: البَزُّ عند أهل الكوفة ثيابُ الكُتَّان أو القُطنِ، لا ثيابُ الصُّوفِ والخزِّ، كذا في المغرب.

(٣) أي: ضاع الألفان قبل أن لم يُسلِّم المضارِبُ ثمنَ العبد للبائع.

(٤) أي: هذا الذي ذكره الإمامُ محمد من تقسيم الغرامةِ بين المضارِبِ وربِّ المالِ، هو حاصل جواب هذه المسألة.

(٥) أشار إلى ما سيذكره بعد عدَّة أسطر من قوله: «لأنَّه وكيل من جهته». بناية.

ويكونُ رأسُ المالِ ألفَينِ وخَمسَمائةٍ، ولا يَبيعُهُ مُرابَحَةً إلَّا على ألفَينِ. وإنْ كان معه ألفٌ، فاشتَرَى ربُّ المالِ عبداً بِخَمسِمائةٍ وباعَهُ إيَّاهُ بألفٍ، فإنَّه يَبيعُهُ مُرابَحَةً على خَمسِمائةٍ. ....

عبداً صار مُشترياً رُبعَهُ لنفسِهِ وثلاثةَ أرباعِهِ لِلمُضاربةِ على حَسَبِ انقسامِ الألفين، وإذا ضاعتِ الألفانِ وَجَبَ عليه الثَّمَنُ لِما بيَّنَّاه[١]، وله الرَّجوعُ بثلاثةِ أرباعِ الثَّمنِ على ربِّ المالِ؛ لأنَّه وكيلٌ من جهتِهِ فيه[٢]، ويخرجُ نصيبُ المُضارِبِ - وهو الرُّبع - من المُضارَبةِ؛ لأنَّه مضمونٌ عليه، ومالُ المُضاربةِ أمانةٌ، وبينهما مُنافاةٌ، ويبقى ثلاثةُ أرباعِ العبدِ على المُضاربةِ؛ لأنَّه ليس فيه ما يُنافي المُضاربةَ.

(ويكونُ رأسُ المالِ ألفَينِ وخَمسَمائةٍ)؛ لأنَّه دفَعَ مرَّةً ألفاً ومرَّةً ألفاً وخَمسَمائةٍ، (ولا يَبيعُهُ مُرابَحَةً إلَّا على ألفَينِ)؛ لأنَّه اشتراه بألفين، ويظهرُ ذلك فيما إذا بِيعَ العبدُ بأربعةِ آلافٍ، فَحِصَّةُ المُضارَبةِ ثلاثةُ آلافٍ يرفعُ رأسَ المالِ ويبقى خَمسُمائةٍ ربحاً بينهما.

قال: (وإنْ كان معه ألفٌ، فاشتَرَى ربُّ المالِ عبداً بِخَمسِمائةٍ وباعَهُ إيَّاهُ بألفٍ، فإنَّه يَبيعُهُ مُرابَحَةً على خَمسِمائةٍ)؛ لأنَّ هذا البيعَ مَقضيٌّ بِجَوازِهِ لِتَغايُرِ المَقاصِدِ دفعاً للحاجة، وإنْ كان بَيْعَ مِلكِهِ بِمِلكِهِ، إلَّا أنَّ فيه شبهةَ العَدَمِ، ومَبنَى المُرابحةِ على الأمانةِ والاحترازِ عن شُبهةِ الخيانةِ، فاعتُبِرَ أقلُّ الثَّمنين.

ولو اشتَرَى المُضارِبُ عبداً بألفٍ، وباعَهُ من ربِّ المالِ بألفٍ ومائتينِ، باعَهُ مرابحةً بألفٍ ومائةٍ؛ لأنَّه اعتُبِرَ عَدَماً في حَقِّ نصفِ الرِّبحِ، وهو نصيبُ ربِّ المال، وقد مرَّ في البيوع[٣].

---

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّ الثَّمن كلَّه على المضارب إذ هو العاقد». بناية.

(٢) أي: وكيلٌ من جهة ربِّ المال في شراء هذا العبد.

(٣) أراد ما ذكره في باب المرابحة ص (١٢٤) بقوله: «وإن كان مع المضارب عشرةٌ بالنِّصف، فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من ربِّ المالِ بخمسة عشر، فإنَّه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف». بناية.

فإنْ كان معه ألفٌ بالنِّصفِ، فاشتَرَى بها عبداً قِيمَتُهُ ألفان، فَقَتَلَ العبدُ رجلاً خطأً، فَثلاثَةُ أرباعِ الفِداءِ على ربِّ المالِ، ورُبعُهُ على المُضارِبِ. فإنْ كان معه ألفٌ فاشترى بها عبداً، فلم يَنْقُدْها حتَّى هلَكَتِ الألفُ، يَدفَعُ ربُّ المالِ ذلك الثَّمَنَ، ورأسُ المالِ جميعُ ما يَدفَعُ إليه ربُّ المالِ.

قال: (فإنْ كان معه ألفٌ بالنِّصفِ، فاشتَرَى بها عبداً قِيمَتُهُ ألفان، فَقَتَلَ العبدُ رجلاً خطأً، فَثلاثَةُ أرباعِ الفِداءِ على ربِّ المالِ، ورُبعُهُ على المُضارِبِ)؛ لأنَّ الفِداءَ مُؤْنةُ المِلْكِ، فَيَتقدَّرُ بِقَدْرِ المِلْكِ، وقد كان المِلكُ بينهما أرباعاً، لأنَّه لمَّا صار المالُ عيناً واحداً ظهَرَ الرِّبحُ، وهو ألفٌ بينهما، وألفٌ لرَبِّ المالِ برأسِ مالِهِ؛ لأنَّ قيمتَهُ ألفان، وإذا فَدَيا خرجَ العبدُ عن المُضارَبةِ، أمَّا نصيبُ المُضارِبِ فَلِما بيَّنَّاه[1]، وأمَّا نصيبُ ربِّ المالِ فَلِقَضاءِ القاضي بانقسامِ الفداءِ عليهما؛ لِما أنَّه يَتضمَّنُ قِسمةَ العبدِ بينهما، والمُضارَبةُ تنتهي بالقِسمةِ.

بخلاف ما تقدَّم[2]؛ لأنَّ جميعَ الثَّمنِ فيه على المُضارِبِ، وإنْ كان له حقُّ الرُّجوعِ، فلا حاجةَ إلى القسمة، ولأنَّ العبدَ كالزَّائلِ عن مِلْكِهما بالجِنايةِ[3]، ودَفعُ الفداءِ كابتداءِ الشِّراءِ، فيكونُ العبدُ بينهما أرباعاً لا على المضاربة[4]، يَخدُمُ المضارِبَ يوماً وربَّ المالِ ثلاثةَ أيَّام، بخلاف ما تقدَّم[5].

قال: (فإنْ كان معه ألفٌ فاشترى بها عبداً، فلم يَنْقُدْها حتَّى هلَكَتْ الألفُ، يَدفَعُ ربُّ المالِ ذلك الثَّمَنَ، ورأسُ المالِ جميعُ ما يَدفَعُ إليه ربُّ المالِ)؛ لأنَّ المالَ أمانةٌ

---

(١) أشار به إلى ما ذكره قبل قليل من قوله: «ويخرج نصيب المضارب، وهو الربع في المضاربة لأنَّه مضمون عليه».

(٢) يعني: به ما إذا ضاع الألفان في المسألة المُتقدِّمةِ حيث لا تنتهي المضاربة هناك. عناية.

(٣) لأنَّه استُحِقَّ بالجناية، والمُستَحَقُّ بها بمنزلةِ الهالك، والمُضارَبةُ تنتهي بالهلاك. عناية.

(٤) لخروج العبدِ عن المضاربة. بناية.

(٥) يريدُ به ما تقدَّم في المسألة المتقدِّمة، وهي ما إذا ضاعَ الألفانِ، فإنَّ العبدَ فيها على المضاربة، لذا العبد فيها يخدمُ المضارب يوماً وللمضاربة ثلاثةُ أيامٍ.

في يدِهِ[(١)]، ولا يَصيرُ مستوفياً[(٢)]، والاستيفاءُ إنَّما يكونُ بِقَبضٍ مَضمُونٍ، وحُكمُ الأمانةِ يُنافيهِ، فيرجعُ مرَّةً بعدَ أخرى[(٣)].

بخلاف الوكيلِ بالشِّراءِ إذا كان الثَّمنُ مدفوعاً إليه قبلَ الشِّراءِ وهَلَكَ بعدَ الشِّراءِ، حيثُ لا يرجعُ إلَّا مرَّةً؛ لأنَّه أمكَنَ جَعْلُهُ مُستوفياً، لأنَّ الوكالةَ تُجامِعُ الضَّمانَ، كالغاصِبِ إذا توكَّلَ ببيعِ المَغصوبِ[(٤)].

ثمَّ في الوكالةِ في هذه الصُّورةِ[(٥)] يرجعُ مرَّةً، وفيما إذا اشترى ثمَّ دَفَعَ الموكِّلُ إليه المالَ فهَلَكَ لا يرجعُ؛ لأنَّه ثبتَ له حقُّ الرُّجوعِ بنفسِ الشِّراءِ، فَجُعِلَ مُستوفياً بالقَبضِ بعدَهُ، أمَّا المدفوعُ إليه قبلَ الشِّراءِ أمانةٌ في يده، وهو قائمٌ على الأمانةِ بعدَهُ فلم يَصِرْ مُستوفياً، فإذا هلَكَ رجعَ عليه مرَّةً، ثمَّ لا يرجعُ؛ لوقوعِ الاستيفاءِ على ما مَرَّ.

---

(١) والأمانةُ تَهلِكُ بدونِ ضمانٍ، وقد هَلَكَ الألفُ وبقي عليه الثَّمنُ ديناً، وهو عاملٌ لربِّ المالِ، فيستوجِبُ عليه مِثلَ ما وَجَب عليه من الدَّينِ. عناية بتصرف.

(٢) أي: ولا يصيرُ المضاربُ بالقبضِ الثَّاني مُستوفياً؛ لأنَّ الاستيفاءَ إنَّما يكونُ بقبضٍ مضمونٍ، وقبضُ المضاربِ ليس بمضمونٍ، لأنَّه قبضُ أمانة.

(٣) أي: ولمَّا لم يكن المضاربُ مُستوفياً، كان له أن يرجعَ على ربِّ المالِ مرَّةً بعد أخرى، إلى أن تَسقُطَ عنه العُهدةُ بِوُصولِ الثَّمنِ إلى البائع.
وقوله: «مرَّة بعد أخرى» معناه: أنَّه على فَرَض لو قَبَض الألفَ الثَّانيةَ ثمَّ هلَكَت قبلَ أن يَنقُدَها للبائع، كان له أن يرجعَ على ربِّ المال بألفٍ ثالثة، فإن هلكتِ الثَّالثةُ قبل أن يَنقُدَها للبائع، كان له كذلك أن يرجعَ على ربِّ المال بألفٍ رابعة، وهكذا، ويكون رأسُ المال جميعَ ما دفع ربُّ المال.

(٤) فإنَّه يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضَّمانِ بِمُجرَّدِ الوكالةِ، حتَّى لو هلَكَ المغصوبُ وجَبَ الضَّمانُ ولم يُعتبر أمينا فيه. انظر تتمته في العناية.

(٥) أشار به إلى صورةِ الوكيلِ بشراء عبدٍ بِعَينِهِ ودَفَعَ إليه الثَّمنَ وهَلَكَ قبل الدَّفعِ إلى البائع. بناية.

فصل في الاختلاف

وإنْ كان مع المُضارِبِ ألفانِ فقال: «دفعتَ إليَّ ألفاً، ورَبِحتُ ألفاً»، وقال ربُّ المالِ: «لا، بل دفعتُ إليكَ ألفين» فالقَولُ قولُ المُضارِبِ. ومَنْ كان معه ألفُ دِرهَم فقال: «هي مُضارَبةٌ لِفُلانٍ بالنِّصف» وقد رَبِحَ ألفاً، وقال فلانٌ: «هي بِضاعَةٌ» فالقَولُ قَولُ ربِّ المالِ.

(فصل في الاختلاف)

قال: (وإنْ كان مع المُضارِبِ ألفانِ فقال: «دفعتَ إليَّ ألفاً، ورَبِحتُ ألفاً»، وقال ربُّ المالِ: «لا، بل دفعتُ إليكَ ألفين» فالقَولُ قولُ المُضارِبِ).

وكان أبو حنيفة يقول أوَّلاً: القولُ قولُ ربِّ المال، وهو قولُ زفر؛ لأنَّ المُضارِبَ يَدَّعي عليه الشَّركةَ في الرِّبحِ، وهو يُنكِرُ، والقولُ قولُ المُنكِرِ، ثمَّ رَجَعَ إلى ما ذكر في الكتاب؛ لأنَّ الاختلافَ في الحقيقةِ في مِقدارِ المَقبوضِ، وفي مِثلِهِ القَولُ قولُ القابِضِ، ضَميناً كان أو أميناً؛ لأنَّه أعرَفُ بمقدارِ المَقبوضِ.

ولو اختَلَفا مع ذلك[1] في مِقدارِ الرِّبحِ، فالقولُ فيه لِرَبِّ المال؛ لأنَّ الرِّبحَ يُستحَقُّ بالشَّرطِ، وهو يُستفادُ من جهتِهِ، وأَيُّهما أقامَ البيِّنَةَ على ما ادَّعى من فَضْلٍ قُبِلَت؛ لأنَّ البيِّنات للإثبات.

(ومَنْ كان معه ألفُ دِرهَم فقال: «هي مُضارَبةٌ لِفُلانٍ بالنِّصف» وقد رَبِحَ ألفاً، وقال فلانٌ: «هي بِضاعَةٌ» فالقَولُ قَولُ ربِّ المالِ)؛ لأنَّ المُضارِبَ يدَّعي عليه تقويمَ عَملِهِ، أو شَرطاً من جهتِهِ، أو يَدَّعي الشَّركةَ، وهو يُنكِرُ.

---

(١) أي: لو اختلف ربُّ المالِ والمضاربِ في مقدارِ الرِّبحِ مع اختلافهما في المقبوض.

ولو قال المُضارِبُ: «أقرَضْتَنِي»، وقال ربُّ المالِ: «هو بِضاعةٌ، أو وَديعَةٌ»، فالقولُ لِرَبِّ المالِ والبيِّنةُ بيِّنةُ المُضارِبِ. ولو ادَّعى ربُّ المالِ المُضاربَةَ في نوعٍ، وقال الآخَرُ: «ما سَمَّيتَ لي تِجارةً بِعَينِها»، فالقولُ لِلمُضارِبِ. ولوِ ادَّعى كلٌّ واحدٍ منهما نوعاً، فالقولُ لربِّ المالِ.

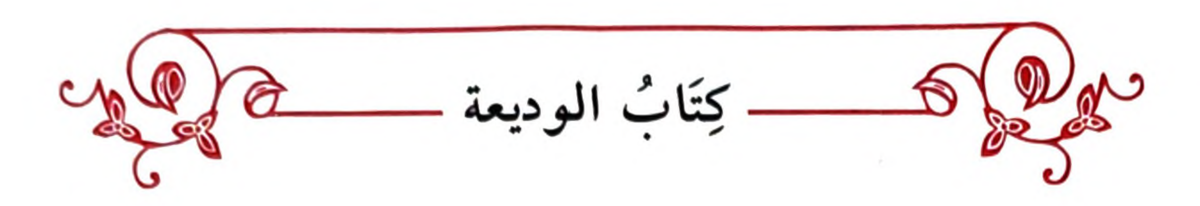
(ولو قال المُضارِبُ: «أقرَضْتَنِي»، وقال ربُّ المالِ: «هو بِضاعةٌ، أو وَديعَةٌ»، فالقولُ لِرَبِّ المالِ والبيِّنةُ بيِّنةُ المُضارِبِ)؛ لأنَّ المُضارِبَ يدَّعي عليه التَّملُّكَ وهو يُنكِرُ.

(ولو ادَّعى ربُّ المالِ المُضاربَةَ في نوعٍ، وقال الآخَرُ: «ما سَمَّيتَ لي تِجارةً بِعَينِها»، فالقولُ لِلمُضارِبِ)؛ لأنَّ الأصلَ فيه العُمومُ والإطلاقُ، والتَّخصيصُ يُعارِضُ الشَّرطَ، بخلافِ الوكالةِ؛ لأنَّ الأصلَ فيه الخُصوصُ.

(ولوِ ادَّعى كلٌّ واحدٍ منهما نوعاً، فالقولُ لربِّ المالِ)؛ لأنَّهما اتَّفقا على التَّخصيص، والإذنُ يُستفادُ من جهتِهِ فيكونُ القولُ له، ولو أقام البيِّنةَ، فالبيِّنةُ بيِّنةُ المُضارِبِ لحاجتِهِ إلى نفي الضَّمان، وعَدَمِ حاجةِ الآخَرِ إلى البيِّنةِ. ولو وَقَّتت البيِّنتانِ وقتاً، فصاحبُ الوقتِ الأخيرِ أولى؛ لأنَّ آخِرَ الشَّرطينِ يَنقُضُ الأوَّلَ.



كتاب الوديعة



كِتَابُ الوديعة

الوَديعَةُ أمانةٌ في يَدِ المُودَعِ، إذا هَلَكَتْ لم يَضْمَنْها، ولِلمُودَعِ أنْ يَحْفَظَها بِنفسِهِ وبِمَنْ في عِيالِهِ، ....

(كتاب الوديعة[1])

قال: (الوَديعَةُ أمانةٌ في يَدِ المُودَعِ، إذا هَلَكَتْ لم يَضْمَنْها)؛ لقوله ﷺ: «ليس على المُستعيرِ غيرِ المُغِلِّ[2] ضَمانٌ، ولا على المُستودَعِ غيرِ المُغِلِّ ضَمانٌ»[3]، ولأنَّ بالنَّاسِ حاجةً إلى الاستيداع، فلو ضَمَّناه يَمتنِعُ النَّاس عن قَبولِ الودائعِ فَتتعطَّل مصالِحُهُم.

قال: (ولِلمُودَعِ أنْ يَحْفَظَها بِنفسِهِ وبِمَنْ في عِيالِهِ)؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه يَلتزِمُ حِفظَ مالِ غيرِهِ على الوَجهِ الذي يَحفَظُ مالَ نَفسِهِ، ولأنَّه لا يَجِدُ بُدّاً من الدَّفعِ إلى عيالِهِ؛ لأنَّه لا يُمكِنُه مُلازَمةُ بيتِهِ، ولا استصحابُ الوديعةِ في خُروجِهِ، فكانَ المالكُ راضياً به.

---

(١) هي لغة: التَّرك، وسُمِّيت الوديعةُ بها لأنَّها تُترَكُ بيدِ أمينٍ. وفي الاصطلاح: التَّسليطُ على حِفْظِ المال. عناية.

(٢) الغُلُول والإغلال: الخيانةُ، إلَّا أنَّ الغُلولَ في المَغنَم خاصَّةً، والإغلالُ عامٌّ. عناية.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ١١٥): أخرجه الدَّارقطني، ثمَّ البيهقي في سننيهما، وقال الدَّارقطني: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنَّما يُروى هذا من قولِ شُرَيح غيرِ مرفوع، ثمَّ أخرجه من قولِ شُرَيح، ولم يَروِهِ عبدُ الرَّزاقِ في مُصنَّفِه إلَّا من قول شُريح، وقال ابن حبَّان في كتاب الضُّعفاء: عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات.

ومن أحاديث الباب: ما أخرجه ابن ماجه عن عَمرو بن شُعيب عن أبيه عن جدِّه عن النَّبيِّ ﷺ، قال: «مَن أُودِعَ وَديعةً فلا ضمانَ عليه».

فإنْ حَفِظَها بِغَيرِهم أو أَوْدَعَها غَيرَهُم ضَمِنَ، إلَّا أنْ يقَعَ في دارِهِ حَرِيقٌ، فَيُسلِّمَها إلى جارِهِ، أو يَكونَ في سَفينةٍ فَخافَ الغَرَقَ فَيُلقِيَها إلى سَفينةٍ أخرى، ولا يُصدَّقُ على ذلك إلَّا ببيِّنةٍ. فإنْ طَلَبَها صاحِبُها فَحَبَسَها وهو يَقدِرُ على تَسليمِها ضَمِنَها. وإنْ خَلَطَها المُودَعُ بمالِهِ حتَّى لا تَتميَّزُ ضَمِنَها، ثمَّ لا سَبيلَ لِلمُودِعِ عليها عند أبي حنيفة، وقالا: إذا خَلَطَها بِجِنسِها شَرِكَهُ إنْ شاءَ.

(فإنْ حَفِظَها بِغَيرِهم أو أَوْدَعَها غَيرَهُم ضَمِنَ)؛ لأنَّ المالكَ رضي بِيدِهِ لا بِيدِ غيرِهِ، والأيدي تَختلِفُ في الأمانةِ، ولأنَّ الشَّيءَ لا يَتضمَّنُ مِثلَهُ، كالوكيلِ لا يُوكِّلُ غيرَهُ، والوَضْعُ في حِرْزِ غيرِهِ إيداعٌ، إلَّا إذا استأجَرَ الحِرْزَ فيكونُ حافظاً بِحرزِ نفسِهِ.

قال: (إلَّا أنْ يقَعَ في دارِهِ حَرِيقٌ، فَيُسلِّمَها إلى جارِهِ، أو يَكونَ في سَفينةٍ فَخافَ الغَرَقَ فَيُلقِيَها إلى سَفينةٍ أخرى)؛ لأنَّه تعيَّنَ طريقاً لِلحِفْظِ في هذه الحالةِ، فَيرتَضيه المالكُ، (ولا يُصدَّقُ على ذلك إلَّا ببيِّنةٍ)؛ لأنَّه يَدَّعي ضرورةً مُسقِطةً لِلضَّمانِ بعدَ تَحقُّقِ السَّببِ، فصار كما إذا ادَّعى الإذنَ في الإيداع.

قال: (فإنْ طَلَبَها صاحِبُها فَحَبَسَها وهو يَقدِرُ على تَسليمِها ضَمِنَها)؛ لأنَّه مُتعدٍّ بالمَنعِ، وهذا لأنَّه لمَّا طالبَهُ لم يكنْ راضياً بإمساكِهِ بعدَهُ، فَيضمَنُه بِحَبسِهِ عنه.

قال: (وإنْ خَلَطَها المُودَعُ بمالِهِ حتَّى لا تَتميَّزُ ضَمِنَها، ثمَّ لا سَبيلَ لِلمُودِعِ عليها عند أبي حنيفة، وقالا: إذا خَلَطَها بِجِنسِها شَرِكَهُ إنْ شاءَ)، مِثلُ أن يَخلِطَ الدَّراهمَ البِيضَ بالبيضِ، والسُّودَ بالسُّودِ، والحِنطةَ بالحنطةِ، والشَّعيرَ بالشَّعيرِ.

لهما: أنَّه لا يُمكِنُه الوصولُ إلى عَينِ حقِّه صُورةً، وأمكَنَهُ معنىً بالقسمةِ، فكان استهلاكاً من وجهٍ دونَ وجهٍ، فَيميلُ إلى أيِّهما شاء.

وله: أنَّه استهلاكٌ من كلِّ وجهٍ؛ لأنَّه فِعلٌ يَتعذَّرُ معه الوصولُ إلى عينِ حقِّهِ، ولا مُعتَبَرَ بالقسمةِ؛ لأنَّها من مُوجِباتِ الشَّركةِ، فلا تَصلُحُ مُوجِبةً لها.

وإنِ اختَلَطَتْ بمالِهِ مِنْ غَيرِ فِعلِهِ فهو شَرِيكٌ لِصاحِبِها، فإنْ أنفقَ المُودَعُ بَعْضَها، ثمَّ رَدَّ مِثلَهُ فَخَلَطَها بالباقي، ضَمِنَ الجَمِيعَ. ....

ولو أبرأ الخالطَ[1] لا سبيلَ له على المَخلُوطِ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه لا حقَّ له إلَّا في الدَّينِ، وقد سَقَط. وعندهما: بالإبراءِ تَسقُطُ خِيرَةُ الضَّمانِ، فيتعيَّنُ الشَّرِكةُ في المخلوطِ.

وخَلطُ الحَلِّ[2] بالزَّيتِ، وكلِّ مائعٍ بغيرِ جنسِهِ، يُوجِبُ انقطاعَ حقِّ المالِكِ إلى الضَّمان، وهذا بالإجماع؛ لأنَّه استهلاكٌ صورةً، وكذا معنىً؛ لِتعذُّرِ القسمةِ باعتبارِ اختلافِ الجنسِ، ومن هذا القَبيلِ خَلطُ الحِنطَةِ بالشَّعيرِ في الصَّحيحِ؛ لأنَّ أحَدَهما لا يَخلُو عن حبَّاتِ الآخَرِ، فَتعذَّرَ التَّمييزُ والقِسمةُ.

ولو خَلَطَ المائعَ بِجنسِهِ فعند أبي حنيفة يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ إلى ضَمانٍ؛ لِما ذكرنا[3]، وعند أبي يوسف يُجعَلُ الأقلُّ تابعاً للأكثرِ اعتباراً للغالِبِ أجزاءً، وعند محمد شَرِكَه بكلِّ حالٍ؛ لأنَّ الجنسَ لا يَغلِبُ الجنسَ عندَهُ على ما مَرَّ في الرَّضاعِ[4]، ونظيرُهُ خَلْطُ الدَّراهمِ بمثلِها إذابةً؛ لأنَّه يَصيرُ مائعاً بالإذابة.

قال: (وإنِ اختَلَطَتْ بمالِهِ مِنْ غَيرِ فِعلِهِ فهو شَرِيكٌ لِصاحِبِها)؛ كما إذا انشقَّ الكِيسانِ فاختَلَطا؛ لأنَّه لا يَضمَنُها لِعَدَمِ الصُّنعِ منه[5] فَيشترِكان، وهذا بالاتِّفاق.

قال: (فإنْ أنفقَ المُودَعُ بَعْضَها، ثمَّ رَدَّ مِثلَهُ فَخَلَطَها بالباقي، ضَمِنَ الجَمِيعَ)؛ لأنَّه خَلَط مالَ غيرِهِ بمالِهِ، فيكونُ استهلاكاً على الوجهِ الذي تقدَّم.

---

(١) أي: لو أبرأ المالكُ الخالِطَ.

(٢) «الحل» دهن السمسم، المعروف بالشَّيرج.

(٣) أي: من أنَّه استهلاكٌ صورةً ومعنىً.

(٤) من أنَّه إذا جَمَع بينَ لبنِ امرأتينِ في قَدَحٍ وصُبَّ في حَلقِ رضيعٍ، يَثبُتُ الرَّضاعُ منهما جميعاً عند محمد.

(٥) أي: من المودَعِ.

وإذا تَعَدَّى المُودَعُ في الوَديعةِ، بأنْ كانت دابَّةً فرَكِبَها، أو ثوباً فَلَبِسَهُ، أو عبداً فاستَخْدَمَهُ، أو أَوْدَعَها غيرَهُ، ثمَّ أزالَ التَّعدِّي فرَدَّها إلى يَدِهِ، زالَ الضَّمانُ، فإنْ طَلَبَها صاحِبُها فجَحَدَها ضَمِنَها. ....

قال: (وإذا تَعَدَّى المُودَعُ في الوَديعةِ، بأنْ كانت دابَّةً فرَكِبَها، أو ثوباً فَلَبِسَهُ، أو عبداً فاستَخْدَمَهُ، أو أَوْدَعَها غيرَهُ، ثمَّ أزالَ التَّعدِّي فرَدَّها إلى يَدِهِ، زالَ الضَّمانُ).

وقال الشَّافعيُّ[1]: لا يَبرأُ عن الضَّمانِ؛ لأنَّ عَقدَ الوَديعةِ ارتفَعَ حينَ صارَ ضامِناً؛ لِلمُنافاةِ، فلا يَبرأُ إلا بالرَّدِّ على المالكِ.

ولنا: أنَّ الأمرَ باقٍ لإطلاقِهِ[2]، وارتفاعُ[3] حُكمِ العقدِ ضرورةُ ثُبوتِ نَقيضِهِ، فإذا ارتفَعَ عادَ حكمُ العقدِ، كما إذا استأجَرَهُ للحِفْظِ شهراً، فتَرَكَ الحِفظَ في بَعضِهِ ثمَّ حَفِظَ في الباقي، فحَصَلَ[4] الرَّدُّ إلى نائبِ المالك.

قال: (فإنْ طَلَبَها صاحِبُها فجَحَدَها ضَمِنَها)؛ لأنَّه لمَّا طالَبَه بالرَّدِّ فقد عزَلَه عن الحِفْظ، فبعدَ ذلك هو بالإمساكِ غاصِبٌ مانعٌ فَيضمَنُها، فإنْ عاد إلى الاعترافِ لم يبرأ عن الضَّمانِ لارتفاعِ العقدِ؛ إذِ المُطالبَةُ بالرَّدِّ رَفعٌ من جهته[5]، والجُحودُ فَسخٌ من جهةِ المُودَعِ، كجُحُودِ الوكيلِ الوَكالةَ، وجُحودِ أحدِ المُتعاقِدَينِ البيعَ، فتَمَّ الرَّفعُ. أو لأنَّ المُودَعَ يَنفرِدُ بِعَزلِ نفسِهِ بِمَحضرٍ من المُستودِعِ، كالوكيلِ يَملِكُ عَزلَ نفسِهِ بِحَضرةِ المُوكِّل، وإذا ارتفَعَ لا يعودُ إلَّا بالتَّجديدِ، فلم يُوجَدِ الرَّدُّ إلى نائبِ المالك. بخلافِ الخلافِ ثمَّ العَودُ إلى الوِفاق.

---

(١) قال في المجموع (١٤/ ١٩٤) دار الفكر: إن تعدَّى في الوديعة فَضَمِنَها، ثمَّ ترك التَّعدِّي في الوديعة، لم يبرأ من الضَّمان؛ لأنَّه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرَّدِّ إلى المكان. اهـ.

(٢) أي: الأمر بحفظ الوديعة باقٍ لإطلاق الأمر؛ لأنَّ قوله: «احفظْ هذا المالَ» يتناول جميعَ الأوقات.

(٣) جواب عن قول الشَّافعيِّ: لأنَّ عقدَ الوديعةِ ارتفع». وحكمُ العقدِ هو الحفظُ.

(٤) جوابٌ عن قوله: «فلا يبرأ إلَّا بالرَّدِّ على المالك»، ووجهه: أنَّ المُودَع نائبُ المالك، فإذا ارتفعتِ المُخالفةُ وعادَ مُودَعاً حصَلَ الرَّدُّ إلى نائب المالك. عناية.

(٥) أي: رفعٌ للعقد من جهة المالك. بناية.

وللمُودَعِ أنْ يُسافِرَ بالوَديعَةِ وإنْ كانَ لها حِمْلٌ ومُؤنَةٌ عند أبي حنيفة، وقالا: ليس له ذلك إذا كان لها حِمْلٌ ومُؤنَةٌ. ....

ولو جَحَدَها عندَ غيرِ صاحِبِها، لا يَضْمَنُها عند أبي يوسف خلافاً لزفر؛ لأنَّ الجُحودَ عندَ غيرِهِ من باب الحِفْظِ؛ لأنَّ فيه قَطْعَ طَمَعِ الطَّامعين، ولأنَّه لا يَملِكُ عَزلَ نفسِهِ بغيرِ مَحضَرٍ منه أو طَلَبِه، فبقي الأمرُ بخلافِ ما إذا كان بحضرتِهِ.

قال: (ولِلمُودَعِ أنْ يُسافِرَ بالوَديعَةِ وإنْ كانَ لها حِمْلٌ ومُؤْنَةٌ عند أبي حنيفة، وقالا: ليس له ذلك إذا كان لها حِمْلٌ ومُؤْنَةٌ).

وقال الشَّافعي: ليس له ذلك في الوجهين[١].

لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: إطلاقُ الأمرِ، والمَفازَةُ مَحَلٌّ لِلحِفظِ إذا كان الطَّريقُ آمناً، ولهذا يَملِكُه الأبُ والوَصيُّ في مال الصَّبيِّ.

ولهما: أنَّه تَلزَمُه مُؤْنَةُ الرَّدِّ فيما له حِمْلٌ ومُؤْنَةٌ، والظَّاهرُ أنَّه لا يرضى به، فيتقيَّدُ به.

والشَّافعيُّ يُقيِّدُه[٢] بالحفظِ المُتعارَفِ، وهو الحِفظُ في الأمصار، وصار كالاستحفاظ بأجرٍ.

---

(١) قال النووي في الروضة (٥/ ٢٨٩) الكتب العلمية: الوديعة أمانةٌ، فلا يضمن إلا عند التَّقصير، وأسبابُ التَّقصير تسعةٌ.
السبب الثاني (٥/ ٢٩١): السَّفرُ بها، فإذا أودَعَ حاضراً، لم يجز أن يسافر بها، فإن فعل ضَمِن. وقيل: لا يضمن إذا كان الطَّريق أمناً، أو سافر في البحر والغالبُ فيه السلامة، والصَّحيح الأول. ولو سافر بها لعذر، بأن جلا أهل البلد، أو وقع حريقٌ، أو غارة، فلا ضمان بشرط أن يَعجزَ عن ردِّها إلى المالك ووكيله والحاكمِ وعن إيداعِ أمين، ويلزمه السَّفرُ بها في هذه الحالة، وإلَّا فهو مضيِّعٌ. ولو عزم على السَّفر في وقت السلامة، وعجز عن المالك ووكيله، والحاكم، والأمين، فسافر بها، لم يضمن على الأصحِّ عند الجمهور، لئلا ينقطع عن مصالحِهِ وينفر الناس عن قبول الودائع، وشرطُ الجواز، أن يكون الطَّريق أمناً، وإلَّا فيضمن.

(٢) أي: يقيِّدُ حِفظَ الوديعةِ.

وإذا نَهاهُ المُودِعُ أنْ يَخرُجَ بالوَديعَةِ، فخَرَجَ بها ضَمِنَ. وإذا أودَعَ رجلانِ عندَ رجلٍ وَديعةً، فَحَضَرَ أحَدُهما وطَلَبَ نَصيبَهُ منها، لم يَدْفَعْ إليه حتَّى يَحضُرَ الآخَرُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَدفَعُ إليه نَصيبَهُ. ....

قلنا[1]: مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلزَمُه في مِلكِه ضرورةَ امتثالِ أمرِهِ، فلا يُبالي به. والمُعتادُ[2] كونُهُم في المصر لا حِفظُهُم، ومَن يكونُ في المَفازةِ يَحفظُ مالَهُ فيها، بخلافِ الاستحفاظِ بأجرٍ؛ لأنَّه عقدُ مُعاوَضةٍ، فيقتضي التَّسليمَ في مكانِ العقد.

(وإذا نَهاهُ المُودِعُ أنْ يَخرُجَ بالوَديعَةِ، فخَرَجَ بها ضَمِنَ)؛ لأنَّ التَّقييدَ مُفيدٌ؛ إذ الحِفظُ في المصر أبلَغُ، فكان صحيحاً.

قال: (وإذا أودَعَ رجلانِ عندَ رجلٍ وَديعةً، فَحَضَرَ أحَدُهما وطَلَبَ نَصيبَهُ منها، لم يَدْفَعْ إليه حتَّى يَحضُرَ الآخَرُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَدفَعُ إليه نَصيبَهُ).

وفي الجامع الصَّغير: ثلاثةٌ استَودَعُوا رجلاً ألفاً، فَغابَ اثنانِ، فليس لِلحاضِرِ أن يأخذَ نَصيبَهُ عندَهُ، وقالا: له ذلك. والخِلافُ في المَكيلِ والمَوزُونِ[3]، وهو المرادُ بالمذكور في المُختَصَر[4].

لهما: أنَّه طالَبَه بِدَفعِ نَصيبِهِ، فَيُؤمَرُ بالدَّفعِ إليه، كما في الدَّينِ المشترَكِ[5]، وهذا لأنَّه يُطالبُهُ بتسليم ما سَلَّمَ إليه، وهو النِّصفُ، ولهذا كان له أن يأخذَهُ، فكذا يُؤمَرُ هو بالدَّفعِ إليه.

---

(١) هذا جوابٌ عن قولهما.

(٢) جوابٌ عن قول الشافعيِّ.

(٣) أي: وسائر المِثليَّات، وهي الدَّراهمُ والدَّنانير والمكيلات والموزونات والعدديَّاتُ المتقاربة. وفي غير المثليَّات ليس له ذلك بالإجماع. تبيين الحقائق بتصرف.

(٤) أي: مختصر القدوري.

(٥) وذلك بأن يبيعا عبداً مشتركاً، فإذا حضَرَ أحدُهما كان له أن يُطالبَ المديونَ بنصيبه، وكذا هذا.

وإنْ أودَعَ رجلٌ عندَ رَجلَينِ شيئاً مِمَّا يُقسَمُ، لم يَجُزْ أنْ يَدْفَعَهُ أحَدُهما إلى الآخَرِ، ولكنَّهما يَقتَسِمانِهِ، فَيَحفَظُ كلُّ واحدٍ منهما نِصْفَهُ، وإنْ كان مِمَّا لا يُقسَمُ جازَ أنْ يَحفَظَه أحَدُهُما بإذنِ الآخَرِ.

ولأبي حنيفة: أنَّه طالبَهُ بِدَفعِ نَصيبِ الغائبِ؛ لأنَّه يُطالبُهُ بالمُفرزِ، وحَقُّهُ في المُشاعِ، والمُفرزُ المُعيَّنُ يَشتمِلُ على الحَقَّينِ، ولا يَتميَّزُ حقُّهُ إلَّا بالقِسمةِ، وليس لِلمُودَعِ وِلايَةُ القِسمةِ، ولهذا لا يقعُ دفعُهُ قِسمةً بالإجماعِ، بخلاف الدَّينِ المُشترَكِ؛ لأنَّه يُطالبُهُ بتسليمِ حقِّهِ؛ لأنَّ الدُّيونَ تُقضَى بأمثالها.

وقوله: «له أن يأخذَهُ»[١].

قلنا: ليس من ضَرورتِهِ أنْ يُجبَرَ المُودَعُ على الدَّفعِ[٢]، كما إذا كان له ألفُ درهم وَديعةً عند إنسانٍ، وعليه ألفٌ لِغَيرِهِ، فَلِغَريمِهِ أنْ يأخُذَهُ إذا ظَفِرَ به، وليس لِلمُودَعِ أنْ يدفَعَهُ إليه[٣].

قال: (وإنْ أودَعَ رجلٌ عندَ رَجلَينِ شيئاً مِمَّا يُقسَمُ، لم يَجُزْ أنْ يَدْفَعَهُ أحَدُهما إلى الآخَرِ، ولكنَّهما يَقتَسِمانِهِ، فَيَحفَظُ كلُّ واحدٍ منهما نِصْفَهُ، وإنْ كان مِمَّا لا يُقسَمُ جازَ أنْ يَحفَظَه أحَدُهُما بإذنِ الآخَرِ)، وهذا عند أبي حنيفة، وكذلك الجوابُ عندَهُ في المُرتَهِنَينِ[٤] والوَكيلَينِ بالشِّراءِ[٥] إذا سَلَّم أحدُهما إلى الآخَرِ.

---

(١) جوابٌ عن قولهما: «ولهذا كان له أن يأخذه»، والضَّميرُ في «قولُهُ» يرجعُ إلى القائلِ المعهود في الذِّهنِ، أي: قولُ القائلِ نُصرةً لقولهما كذا وكذا. بناية.

(٢) أي: جوازُ الأخذِ لا يَستلزِمُ أن يُجبَرَ المُودَعُ على الدَّفعِ، إذ الجَبْرُ ليس من ضروراتِ الجواز، يعني: ليس من لَوازِمِهِ؛ لانفكاكه عنه. عناية.

(٣) أي: للغريم. فدلَّت هذه المسألةُ على أنَّ الجبرَ ليس من لوازمِ الجوازِ للانفكاك. بناية.

(٤) وذلك بأن يرهن رجلٌ عند رجلينِ ما يُمكِنُ قسمتُهُ، فيدفع أحدُهما إلى الآخَرِ، يضمن عند أبي حنيفة، خلافا لهما، ذكره في المبسوط. بناية.

(٥) وذلك بأن يوكِّلَ رجلٌ رجلينِ بشراء شيءٍ، فيدفعُ إليهما مالاً ممَّا يُقسمُ، فيدفعه أحدُهما إلى الآخر، فيضيع عنده، يضمن النِّصف. بناية.

وإذا قال صاحبُ الوَديعَةِ لِلمُودَعِ: «لا تُسلِّمْها إلى زَوجتِكَ» فَسَلَّمَها إليها، لا يَضْمَنُ. وفي الجامع الصَّغير: إذا نَهاهُ أنْ يَدْفَعَها إلى أحدٍ مِنْ عيالِهِ، فَدَفَعها إلى مَنْ لا بدَّ له منه لا يَضْمَنُ، ....

وقالا: لأحدهما أن يَحفَظَ بإذنِ الآخَرِ في الوجهين. لهما: أنَّه رضي بأمانَتِهما، فكان لِكلٍّ واحدٍ منهما أنْ يُسلِّمَ إلى الآخَرِ ولا يَضْمَنُه، كما فيما لا يُقسَمُ.

وله: أنَّه رضي بِحفِظِهما ولم يَرضَ بِحِفْظِ أَحَدِهما كُلَّهُ[1]؛ لأنَّ الفعلَ متى أُضيفَ إلى ما يَقبَلُ الوصفَ بالتَّجزِّي يَتناوَلُ البعضَ دونَ الكلِّ، فوقَعَ التَّسليمُ إلى الآخَرِ من غيرِ رِضا المالِكِ، فَيضمَنُ الدَّافعُ ولا يَضمَنُ القابِضُ؛ لأنَّ مُودَعَ المُودِعِ عندَهُ لا يَضْمَنُ.

وهذا بخلاف ما لا يُقسَمُ؛ لأنَّه لمَّا أودَعَهُما ولا يُمكِنُهما الاجتماعُ عليه آناءَ اللَّيلِ والنَّهارِ، وأمكَنَهُما المُهايأةُ، كان المالِكُ راضياً بِدَفعِ الكلِّ إلى أحَدِهما في بعضِ الأحوال.

قال: (وإذا قال صاحبُ الوَديعَةِ لِلمُودَعِ: «لا تُسلِّمْها إلى زَوجتِكَ» فَسَلَّمَها إليها، لا يَضْمَنُ. وفي الجامع الصَّغير: إذا نَهاهُ أنْ يَدْفَعَها إلى أحدٍ مِنْ عيالِهِ، فَدَفَعها إلى مَنْ لا بدَّ له منه، لا يَضْمَنُ)، كما إذا كانتِ الوديعةُ دابَّةً فنهاهُ عن الدَّفعِ إلى غلامِهِ، وكما إذا كانت شيئاً يُحفَظُ في يدِ النِّساء، فنهاهُ عن الدَّفعِ إلى امرأتِهِ، وهو مَحمَلُ الأوَّل[2]؛ لأنَّه لا يُمكِنُ إقامةُ العملِ مع مُراعاةِ هذا الشَّرطِ وإن كان مُفيداً، فيلغو[3].

---

(١) أي: بحفظِ أحدِ المودَعينِ كلَّ المودَعِ.

(٢) أي: المذكورُ في الجامع الصَّغير محمَلُ ما ذكره القدوريُّ مطلقاً، حتَّى إن كان له منه بدٌّ يضمن، كأن تكون الوديعةُ شيئاً خفيفاً يمكن استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه، فإن دفعه إلى عياله ضمن. بناية.

(٣) والأصلُ فيه: أنَّ الشَّرطَ إذا كان مُفيداً، والعملُ به مُمكِناً، وجبَ مُراعاتُهُ، والمخالفةُ فيه تُوجِبُ الضَّمانَ، وإذا لم يكن مُفيداً، أو كان مفيداً ولم يُمكِنِ العملُ به، كما فيما نحن فيه، يلغو. عناية.

وإنْ كانَ له مِنهُ بُدٌّ ضَمِنَ . وإنْ قال: «اِحفَظْها في هذا البيتِ» فَحَفِظَها في بَيتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ، لم يَضْمَنْ، وإنْ حَفِظَها في دارٍ أخرى ضَمِنَ. ومَنْ أودَعَ رَجلاً وَدِيعةً، فَأودَعَها آخَرَ، فَهلَكَتْ، فَلَهُ أنْ يُضَمِّنَ الأوَّلَ، وليس له أن يُضَمِّنَ الثَّاني، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: له أن يُضَمِّنَ أيَّهما شاء، فإن ضمَّنَ الأوَّلَ لا يرجعُ على الآخرِ، فإنْ ضَمَّنَ الآخَرَ رَجَعَ على الأوَّلِ.

(وإنْ كانَ له مِنهُ بُدٌّ ضَمِنَ)؛ لأنَّ الشَّرطَ مُفيدٌ؛ لأنَّ من العِيالِ مَن لا يُؤتَمَنُ على المالِ، وقد أمكَنَ العملُ به مع مُراعاةِ هذا الشَّرطِ، فاعتُبِرَ.

(وإنْ قال: «اِحفَظْها في هذا البيتِ» فَحَفِظَها في بَيتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ، لم يَضْمَنْ)؛ لأنَّ الشَّرطَ غيرُ مُفيدٍ، فإنَّ البيتينِ في دارٍ واحدةٍ لا يَتفاوَتانِ في الحِرْزِ، (وإنْ حَفِظَها في دارٍ أخرى ضَمِنَ)؛ لأنَّ الدَّارينِ يَتفاوَتانِ في الحِرْزِ، فكان مُفيداً، فَيَصحُّ التَّقييدُ.

ولو كان التَّفاوتُ بين البيتينِ ظاهراً، بأن كانتِ الدَّارُ التي فيها البيتانِ عظيمةً، والبيتُ الذي نَهاهُ عن الحِفظِ فيه عورةٌ ظاهرةٌ، صحَّ الشَّرط.

قال: (ومَنْ أودَعَ رَجلاً وَدِيعةً، فَأودَعَها آخَرَ، فَهلَكَتْ، فَلَهُ أنْ يُضَمِّنَ الأوَّلَ، وليس له أن يُضَمِّنَ الثَّاني، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: له أن يُضَمِّنَ أيَّهما شاء، فإن ضمَّنَ الأوَّلَ لا يرجعُ على الآخرِ، فإنْ ضَمَّنَ الآخَرَ رَجَعَ على الأوَّلِ).

لهما: أنَّه قبَضَ المالَ من يدِ ضَمِينٍ فَيضْمَنُه، كَمُودَعِ الغاصِبِ. وهذا لأنَّ المالِكَ لم يَرْضَ بأمانةِ غيرِهِ، فيكونُ الأوَّلُ مُتعدِّياً بالتَّسليمِ، والثَّاني بالقَبضِ، فَيُخيَّرُ بينهما، غيرَ أنَّه إنْ ضمَّنَ الأوَّلَ لم يَرجِعْ[1] على الثَّاني؛ لأنَّه مَلَكَهُ بالضَّمانِ، فظَهَر أنَّه أودَعَ مِلكَ نفسِهِ، وإنْ ضَمَّنَ الثَّاني رَجَعَ على الأوَّلِ؛ لأنَّه عامِلٌ له، فيرجعُ عليه بما لَحِقَه من العُهدَةِ.

---

(١) أي: الأوَّلُ.

وَمَنْ كان في يَدِهِ ألفٌ، فادَّعاها رجلانِ، كلٌّ واحدٍ منهما أنَّها له أَوْدَعَها إيَّاهُ، وأبى أنْ يَحلِفَ لهما، فالألفُ بينهما، وعليه ألفٌ أُخرى بينهما.

وله: أنَّه[1] قَبَضَ المالَ من يدِ أمينٍ؛ لأنَّه[2] بالدَّفعِ لا يَضْمَنُ ما لم يُفارِقْهُ لِحُضورِ رأيِهِ، فلا تَعدِّي منهما، فإذا فارَقَه فقد ترَكَ الحِفظَ المُلتَزَمَ، فَيَضمَنُه بذلك، وأمَّا الثَّاني فَمُستمِرٌّ على الحالةِ الأولى ولم يُوجَد منه صُنعٌ، فلا يَضمَنُه، كالرِّيحِ إذا ألقت في حِجْرِه ثوبَ غيرِهِ.

قال: (وَمَنْ كان في يَدِهِ ألفٌ، فادَّعاها رجلانِ، كلٌّ واحدٍ منهما أنَّها له أَوْدَعَها إيَّاهُ، وأبى أنْ يَحلِفَ لهما، فالألفُ بينهما، وعليه ألفٌ أُخرى بينهما).

وشَرْحُ ذلك: أنَّ دعوى كلِّ واحدٍ صحيحةٌ؛ لاحتمالِها الصِّدقَ، فَيُستحَقُّ الحَلِفُ على المُنكِرِ بالحديث، ويَحلِفُ لِكلِّ واحدٍ منهما على الانفرادِ؛ لِتَغايُرِ الحقَّينِ، وبأيِّهما بدأ القاضي جازَ؛ لِتَعذُّرِ الجَمعِ بينهما، وعَدَمِ الأولويَّةِ. ولو تَشاحَّا أقرَعَ بينهما تَطييباً لِقَلبِهِما، ونَفْياً لِتُهمةِ المَيلِ.

ثمَّ إنْ حلَفَ لأحدِهِما يَحلِفُ لِلثَّاني، فإنْ حَلَفَ فلا شيءَ لهما لِعَدَمِ الحُجَّةِ، وإنْ نَكَلَ - أعني: للثَّاني - يَقضي له لِوُجودِ الحُجَّةِ، وإن نَكَلَ لِلأوَّلِ يَحلِفُ للثَّاني ولا يَقضِي بالنُّكولِ.

بخلاف ما إذا أقَرَّ لأحَدِهما؛ لأنَّ الإقرارَ حجَّةٌ مُوجِبةٌ بنفسه فيقضي به، أمَّا النُّكولُ إنَّما يَصيرُ حُجَّةً عند القَضاءِ، فجازَ أن يُؤخِّرَهُ لِيَحلِفَ للثَّاني، فينكشفُ وجهُ القضاء.

ولو نَكَلَ للثَّاني أيضاً، يقضي بها بينهما نصفين على ما ذَكَرَ في الكتاب؛ لاستوائهما في الحُجَّةِ، كما إذا أقاما البيِّنَةَ، ويَغرَمُ ألفاً أخرى بينهما؛ لأنَّه أوجَبَ الحقَّ لكلِّ

(١) أي: المودَع الثاني.

(٢) أي: المودَع الأوَّل.

واحدٍ منهما بِبَذلِهِ[١] أو بإقراره[٢] وذلك[٣] حجَّةٌ في حقِّه، وبالصَّرفِ إليهما صارَ قاضياً نِصفَ حقِّ كلِّ واحدٍ منهما بِنِصفِ حقِّ الآخَرِ، فَيَغرَمُه.

فلو قَضَى القاضي للأوَّلِ حينَ نَكَلَ، ذكَرَ الإمامُ عليٌّ البَزدويُّ في شرح الجامع الصَّغير: أنَّه يَحلِفُ لِلثَّاني، وإذا نَكَلَ يقضي بها بينهما؛ لأنَّ القضاءَ للأوَّلِ لا يُبطِلُ حقَّ الثَّاني؛ لأنَّه يُقدِّمه[٤] إمَّا بنفسِهِ أو بالقُرعةِ، وكلُّ ذلك لا يُبطِلُ حقَّ الثَّاني.

وذَكَر الخَصَّافُ أنَّه يَنفُذُ قضاؤه للأوَّل، ووَضَعَ المسألةَ في العبدِ[٥]، وإنَّما نفَذَ[٦] لِمُصادَفتِهِ محَلَّ الاجتهادِ؛ لأنَّ من العلماءِ مَن قال: «يقضي للأوَّل ولا يَنتظِرُ؛ لِكَونِهِ إقراراً دِلالةً»، ثمَّ لا يَحلِفُ للثَّاني «ما هذا العبدُ لي[٧]»؛ لأنَّ نُكولَهُ لا يُفيدُ بعدما صار للأوَّل.

وهل يُحلِّفُه «بالله ما لِهذا عليكَ هذا العبدُ ولا قِيمَتُه، وهو كذا وكذا، ولا أقلَّ منه»؟

قال[٨]: ينبغي أن يُحلِّفَه عند محمد رَحِمَهُ اللهُ خلافاً لأبي يوسف، بناءً على أنَّ المُودَعَ إذا أقرَّ بالوديعةِ ودَفَعَ بالقضاء إلى غيرِهِ[٩]، يَضمَنُه عند محمَّد خلافاً له، وهذه[١٠] فريعةُ تلك المسألةِ، وقد وقع فيه بعضُ الإطناب، والله أعلم.

---

(١) أي: عند أبي حنيفة؛ لأنَّ النكول بَذلٌ عنده.

(٢) أي: عندهما؛ لأنَّ النُّكولَ إقرارٌ عندهما.

(٣) أي: كلٌّ من البَذلِ والإقرارِ.

(٤) أي: يقدِّمُ الأوَّلَ للحلف.

(٥) أي: بأن كان في يدِهِ عبدٌ فادَّعاه رجلان، كلُّ واحدٍ أنَّه له وأودَعَه إيَّاه.

(٦) أي: قضاءُ القاضي الأوَّل.

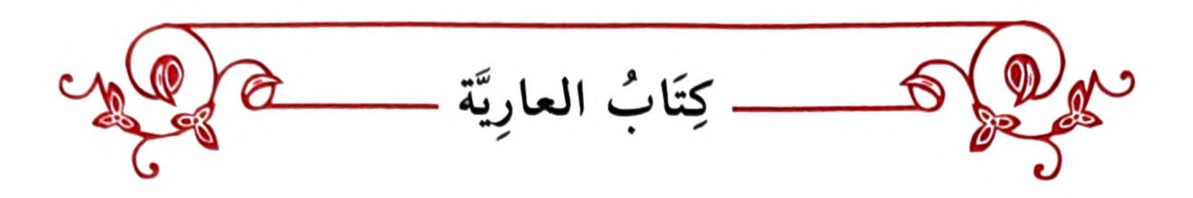
(٧) يعني: لا يحلِّفه بالاقتصار على لفظ «العبد لي» بل يضمُّ إليه «ولا قيمته». بناية.

(٨) أي: الخصَّاف. بناية.

(٩) أي: إلى غيرِ المقَرِّ له.

(١٠) أي: هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودَعَ للمدَّعي الثَّاني بعد قضائه للأوَّل «ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته». بناية.

كتاب العارية



كِتَابُ العارِيَّة

العارِيَّةُ جائزةٌ، وهي تَمليكُ المنافِعِ بِغَيرِ عِوَضٍ، ....

(كتاب العارِيَّة[1])

قال: (العارِيَّةُ جائزةٌ)؛ لأنَّها نوعُ إحسانٍ، وقد استعارَ النَّبيُّ ﷺ دُرُوعاً من صَفوانَ[2].

(وهي تَمليكُ المنافِعِ بِغَيرِ عِوَضٍ)، وكان الكرخيُّ رَحِمَهُ اللهُ يقول: هي إباحةُ الانتفاعِ بِملكِ الغيرِ، لأنَّها تَنعقِدُ بلفظةِ الإباحة، ولا يُشترَطُ فيها ضَرْبُ المُدَّةِ، ومع الجهالةِ لا يَصحُّ التَّمليكُ، ولذلك يَعمَلُ فيها النَّهيُ، ولا يَملِكُ الإجارةَ من غيره.

ونحن نقول: إنَّه يُنبئ عن التَّمليك، فإنَّ العارِيَّةَ من العَرِيَّة، وهي العطيَّةُ، ولهذا تَنعقِدُ بلفظِ التَّمليكِ، والمنافعُ قابِلةٌ لِلمِلكِ كالأعيان، والتَّمليكُ نوعان: بِعِوَض، وبغير عِوَض. ثمَّ الأعيانُ تَقبَلُ النَّوعينِ، فكذا المنافعُ، والجامعُ بينهما دَفْعُ

---

(١) قيل: هي مشتقَّةٌ من التَّعاوُر، وهو التَّناوُب، فكأنَّه جعَلَ لِلغَيرِ نَوْبةً في الانتفاعِ بِملكه، إلى أن تعودَ النَّوبةُ إليه بالاسترداد متى شاء. عناية.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٠٠) (١٥٣٧٦)، أبو داود في الإجارة، باب: في تضمين العارية عن صفوان بن أميَّة أنَّ النَّبيَّ ﷺ استعارَ منه دروعاً يومَ حُنَين، فقال: أغصبٌ يا محمَّد؟، قال: «بل عارِيَّةٌ مضمونةٌ».
وأخرج الحاكم (٢/ ٥٤) (٢٣٠١) عن ابن عبَّاس أنَّ رسول اللّه ﷺ استعارَ من صفوانَ ابنِ أميَّة أدرُعاً وسِلاحاً في غَزوةِ حُنَين، فقال: يا رسول الله أعارِيَّةٌ مُؤدَّاة؟ قال: «نعم عارِيَّةٌ مؤدَّاةٌ» وقال: حديثٌ صحيحٌ على شرط مسلم.
وفي البخاري في الهبة وفضلها، باب: من استعار من الناس الفرس (٢٤٨٤) عن أنس قال: كان فَزَعٌ بالمدينة، فاستعار النَّبيُّ ﷺ فَرَساً من أبي طلحةَ، يُقال له: المَندوب، فرَكِبَ، فلمَّا رَجَع، قال: «ما رأينا من شيء، وإنْ وَجَدناه لَبَحراً».

وتَصِحُّ بقوله: «أعرتُكَ»، و«أطعَمتُكَ هذه الأرضَ»، و«مَنَحتُكَ هذا الثَّوبَ»، و«حَمَلتُكَ على هذه الدَّابَّةِ»، إذا لم يُرِدْ بهِ الهِبةَ، و«أخدَمْتُكَ هذا العبدَ»، و«داري لك سُكنَى» و«داري لك عُمْرَى سُكْنَى». ولِلمُعيرِ أنْ يَرجِعَ في العارِيَّةِ مَتَى شاءَ.

الحاجةِ، ولفظةُ الإباحةِ استُعِيرتْ لِلتَّمليكِ كما في الإجارةِ فإنَّها تَنعقِدُ بلفظةِ الإباحةِ، وهي تمليكٌ.

والجهالةُ لا تُفضي إلى المُنازعةِ؛ لعَدَمِ اللُّزومِ، فلا تكون ضائرةً.

ولأنَّ المِلكَ يَثبُتُ بالقبضِ، وهو الانتفاع، وعند ذلك[1] لا جَهالة.

والنَّهيُ مَنعٌ عن التَّحصيلِ، فلا يَتحَصَّلُ المنافعَ على مِلكِهِ.

ولا يملكُ الإجارةَ لِدَفعِ زيادةِ الضَّررِ على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

قال: (وتَصِحُّ بقوله: أعرتُكَ)؛ لأنَّه صريحٌ فيه، (وأطعَمتُكَ هذه الأرضَ)؛ لأنَّه مُستعمَلٌ فيه، (ومَنَحتُكَ هذا الثَّوبَ، وحَمَلتُكَ على هذه الدَّابَّةِ، إذا لم يُرِدْ بهِ الهِبةَ)؛ لأنَّهما لتمليك العَينِ، وعندَ عدمِ إرادتِهِ الهبةَ تُحمَلُ على تمليكِ المنافعِ تَجوُّزاً.

قال: (وأخدَمْتُكَ هذا العبدَ)؛ لأنَّه أَذِنَ له في استخدامِهِ، (وداري لك سُكنَى)؛ لأنَّ معناه: سُكناها لكَ، (وداري لك عُمْرَى سُكْنَى)؛ لأنَّه جعَلَ سُكناها له مُدَّةَ عُمُرِه. وجَعَلَ قولَهُ: «سُكنَى» تفسيراً لقوله: «لك»؛ لأنَّه يَحتمِلُ تمليكَ المنافعِ، فَحُمِلَ عليه بدلالةِ آخِرِه.

قال: (ولِلمُعيرِ أنْ يَرجِعَ في العارِيَّةِ مَتَى شاءَ)؛ لقوله ﷺ: «المِنحةُ مَردُودةٌ، والعارِيَّةُ مُؤدَّاةٌ»[2]، ولأنَّ المنافعَ تُملَكُ شيئاً فشيئاً على حَسَبِ حُدُوثها، فالتَّمليكُ

---

(١) أي: القبض. بناية.

(٢) أخرجه الترمذي في الوصايا، باب: لا وصيَّة لوارث (٢١٢٠)، وقال: حديث حسن، وأبو داود - واللفظُ له - عن أبي أمامة، قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «إنَّ اللهَ قد أعطى كلَّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصيَّةَ لوارثٍ، ولا تُنفِقِ المرأةُ شيئاً من بَيتِها إلا بإذنِ زَوجِها»، فقيل: يا رسولَ الله، =

والعارِيَّةُ أمانةٌ، إنْ هَلَكَتْ مِنْ غيرِ تَعَدٍّ لم يَضْمَنْ. وليس لِلمُستعيرِ أنْ يُؤاجِرَ ما استعارَهُ، فإنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ.

فيما لم يُوجَدْ لم يتَّصل به القبضُ، فيصحُّ الرُّجوعُ عنه.

قال: (والعارِيَّةُ أمانةٌ، إنْ هَلَكَتْ مِنْ غيرِ تَعَدٍّ لم يَضْمَنْ).

وقال الشَّافعيُّ[1]: يَضمَنُ؛ لأنَّه قَبَضَ مالَ غيرِهِ لِنَفسِهِ لا عنِ استحقاقٍ، فَيَضمَنُه، والإذنُ ثبَتَ ضرورةَ الانتفاعِ، فلا يظهرُ فيما وراءه، ولهذا كان واجبَ الرَّدِّ، وصارَ كالمقبوضِ على سَومِ الشِّراءِ.

ولنا: أنَّ اللَّفظ لا يُنبِئُ عن التزام الضَّمانِ؛ لأنَّه لتمليكِ المنافعِ بِغَيرِ عِوَضٍ، أو لإباحتِها، والقبضُ لم يقعْ تَعدِّياً لكونِهِ مأذوناً فيه، والإذنُ وإن ثبَتَ لأجلِ الانتفاعِ، فهو ما قبَضَه إلَّا للانتفاعِ، فلم يقع تعدِّياً.

وإنَّما وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً، كنفقةِ المُستعارِ فإنَّها على المُستعيرِ، لا لِنَقضِ القَبضِ.

والمَقبوضُ على سَومِ الشِّراءِ مضمونٌ بالعقدِ؛ لأنَّ الأخذَ في العَقدِ له حُكمُ العقدِ، على ما عُرِف في مَوضِعِه.

قال: (وليس لِلمُستعيرِ أنْ يُؤاجِرَ ما استعارَهُ، فإنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ)؛ لأنَّ الإعارةَ دونَ الإجارةِ، والشَّيءُ لا يَتضمَّنُ ما هو فوقه، ولأنَّا لو صَحَّحناه لا يصحُّ إلَّا لازماً؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ بِتَسليطٍ من المُعيرِ، وفي وُقوعِهِ لازِماً زيادةُ ضَرَرٍ بالمُعيرِ لِسَدِّ بابِ الاستردادِ إلى انقضاءِ مُدَّةِ الإجارةِ، فأبطلناه.

= ولا الطَّعام؟ قال: «ذاكَ أفضَلُ أموالِنا»، ثمَّ: قال: «العاريَّةُ مُؤدَّاةٌ، والمِنحَةُ مَردُودةٌ، والدَّينُ مقضيٌّ، والزَّعيمُ غارمٌ».

وفي الباب من حديث ابن عمر، ابن عباس، وأنس ﷺ وعنَّا بهم.

(١) قال النووي في الروضة (٤/ ٧٦) الكتب العالمية: من أحكام العاريَّةِ الضَّمانُ، فإذا تلفت العينُ في يد المستعير، ضَمِنها، سواءٌ تلفت بآفةٍ سماويَّةٍ أم بفعله، بتقصيرٍ أم بلا تقصير، هذا هو المشهور. وحُكي قولٌ: أنَّها لا تُضمَن إلَّا بالتَّعدِّي فيها، وهو ضعيف. اهـ بتصرف يسير.

ولـه أنْ يُعيرَهُ إذا كانَ مِمَّا لا يَختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ. ....

فإن أجَّره ضَمَّنَه حينَ سَلَّمه؛ لأنَّه إذا لم تتناولْهُ العارِيَّةُ كان غَصْباً، وإنْ شاءَ المُعيرُ ضَمَّنَ المُستأجِرَ؛ لأنَّه قَبَضَه بغيرِ إذنِ المالكِ لِنَفسِهِ[١].

ثمَّ إنْ ضمَّنَ المُستعيرَ لا يَرجِعُ[٢] على المُستأجِرِ؛ لأنَّه ظهَرَ أنَّه آجَرَ مِلكَ نفسِهِ[٣]، وإنْ ضمَّنَ المُستأجِرَ يرجعُ[٤] على المُؤجِّرِ إذا لم يعلمْ أنَّه كان عارِيَّةً في يدِهِ دَفعاً لِضَررِ الغُرورِ، بخلاف ما إذا عَلِم.

قال: (وله أنْ يُعيرَهُ إذا كانَ مِمَّا لا يَختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ).

وقال الشَّافعي: ليس له أن يُعيره[٥]؛ لأنَّه إباحةُ المنافعِ على ما بيَّنَّا من قبلُ، والمباحُ له لا يَملِكُ الإباحةَ، وهذا[٦] لأنَّ المنافعَ غيرُ قابلةٍ لِلمِلكِ؛ لكونها مَعدومةً، وإنَّما جعلناها موجودةً في الإجارةِ لِلضَّرورة، وقد اندفعتِ بالإباحة هاهنا[٧].

ونحن نقول: هو تمليكُ المنافعِ على ما ذكرنا، فَيَملِكُ الإعارةَ كالمُوصَى له بالخدمةِ[٨]، والمنافعُ اعتُبِرتْ قابلةً لِلمِلكِ في الإجارةِ، فَتُجعَلُ كذلك في الإعارةِ دَفعاً للحاجةِ.

---

(١) اللامُ في «لنفسه» تتعلَّق بـ «قبضه». بناية.

(٢) أي: المستعيرُ.

(٣) لأنَّ المستعيرَ ملَكَه بالضَّمان.

(٤) أي: المستأجرُ.

(٥) قال في المجموع (١٤/ ٢٠٨) دار الفكر: مَن استعار عيناً جاز له أن يستوفي منفعَتَها بنفسِهِ وبوكيله، لأنَّ الوكيلَ نائبٌ عنه، وهل له أن يُعيرَ غيره؟ فيه وجهان، أحدُهما: يجوزُ كما يجوز للمستأجر أن يؤجِّر، والثاني: لا يجوز، وهو الصَّحيح. اهـ.

(٦) أي: كونُ الإعارةِ إباحةً. عناية.

(٧) أي: فلا يُصار إلى التَّمليك. عناية.

(٨) أي: الموصى له بخدمةِ عبدٍ مثلا يجوز له أن يُعيرَهُ؛ لتملُّكِ المنفعةِ.

وعارِيَّةُ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ والمَكيلِ والمَوزُونِ والمَعدُودِ قَرْضٌ. ....

وإنَّما لا تجوزُ فيما يَختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ دَفعاً لِمَزيدِ الضَّررِ عن المُعيرِ؛ لأنَّه رضي باستعمالِهِ لا باستعمال غيره.

قال العبدُ الضَّعيفُ: وهذا[1] إذا صَدَرتِ الإعارةُ مُطلَقَةً، وهي على أربعة أوجه:

أحدها: أن تكونَ مُطلَقَةً في الوقتِ والانتفاعِ، ولِلمُستعيرِ فيه أن يَنتفِعَ به أيَّ نوعٍ شاءَ، في أيِّ وقتٍ شاءَ، عملاً بالإطلاق.

والثَّاني: أن تكونَ مُقيَّدةً فيهما، وليس له أن يُجاوِزَ فيه ما سَمَّاهُ عملاً بالتَّقييدِ، إلَّا إذا كان خلافاً إلى مثلِ ذلك، أو إلى خَيرٍ منه، والحِنطةُ مِثلُ الحنطةِ، والشَّعيرُ خيرٌ من الحنطةِ إذا كان كيلاً[2].

والثَّالث: أن تكونَ مُقيَّدةً في حقِّ الوقتِ، مُطلَقَةً في حقِّ الانتفاع.

والرَّابع: عكسُهُ، وليس له أن يتعدَّى ما سمَّاه.

فلو استعار دابَّةً ولم يُسمِّ شيئاً، له أن يَحمِلَ ويُعيرَ غيرَهُ لِلحَملِ؛ لأنَّ الحَملَ لا يَتفاوَتُ. وله أن يَركَبَ ويُركِبَ غيرَهُ وإنْ كان الرُّكوبُ مُختلِفاً؛ لأنَّه لمَّا أطلَقَ فيه فله أن يُعيِّنَ، حتَّى لو رَكِبَ بنفسِهِ ليس له أن يُركِبَ غيره؛ لأنَّه تعيَّنَ ركوبُهُ، ولو أركَبَ غيرَهُ ليس له أن يَركَبَه، حتَّى لو فعَلَهُ ضَمِنَه؛ لأنَّه تعيَّن الإركابُ.

قال: (وعارِيَّةُ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ والمَكيلِ والمَوزُونِ والمَعدُودِ قَرْضٌ)؛ لأنَّ الإعارةَ تَمليكُ المنافعِ، ولا يُمكِنُ الانتفاعُ بها إلَّا باستهلاكِ عَينِها، فاقتَضَى تَمليكَ العينِ ضَرورةً، وذلك[3] بالهبةِ أو بالقَرضِ، والقَرضُ أدناهما فَيَثبُتُ.

---

(١) أي: ما ذكر من ولايةِ الإعارةِ للمستعير. بناية.

(٢) أي: كمن استعار دابَّةً ليحملَ عليها عشرةَ أقفزةٍ من هذه الحنطةِ، فحمَلَ عليها عشرةَ أقفزةٍ من حنطةٍ أخرى، فلا مانع لأنَّ الحنطةَ مثلُ الحنطةِ. فإن خالَفَ فحمَلَ عليها عشرةَ أقفزةٍ من شعير جاز ولا يضمنُ؛ لأنَّ الشَّعيرَ أخفُّ من الحنطة.

(٣) أي: تمليكُ العين.

وإذا استعارَ أرضاً لِيَبنيَ فيها، أو لِيَغرِسَ فيها جازَ، ولِلمُعيرِ أنْ يَرجِعَ فيها، ويُكَلِّفَهُ قَلْعَ البناءِ والغَرْسِ، ....

أو لأنَّ من قضيَّةِ الإعارةِ الانتفاعَ وردَّ العينِ[١]، فأقيم رَدُّ المِثلِ مُقامَه.

قالوا: هذا إذا أطلَقَ الإعارةَ. وأمَّا إذا عيَّنَ الجهةَ، بأنِ استعارَ دراهمَ لِيُعايِرَ بها مِيزاناً، أو يُزَيِّنَ بها دُكَّاناً، لم يكنْ قرضاً، ولم يكنْ له إلَّا المَنفعةُ المُسمَّاةُ، وصار كما إذا استعارَ آنيَةً يَتجمَّلُ بها، أو سيفاً مُحلًّى يَتقلَّدُه.

قال: (وإذا استعارَ أرضاً لِيَبنيَ فيها، أو لِيَغرِسَ فيها جازَ، ولِلمُعيرِ أنْ يَرجِعَ فيها، ويُكَلِّفَهُ قَلْعَ البناءِ والغَرْسِ)، أمَّا الرُّجوعُ فَلِما بيَّنَّا[٢]. وأمَّا الجوازُ فلأنَّها مَنفعَةٌ مَعلومةٌ تُملَكُ بالإجارةِ، فكذا بالإعارة. وإذا صحَّ الرُّجوعُ بَقِيَ المُستعيرُ شاغلاً أرضَ المُعيرِ، فيُكلَّفُ تَفريغَها.

ثمَّ إنْ لم يكنْ وَقَّتَ العارِيَّةَ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنَّ المُستعيرَ مُغترٌّ غيرُ مَغرورٍ حيثُ اعتمَدَ إطلاقَ العَقدِ من غيرِ أنْ يَسبِقَ منه الوعدُ.

وإنْ كان وقَّتَ العارِيَّةَ ورَجَعَ قبلَ الوَقتِ، صحَّ رجوعُهُ لِما ذكرناه، ولكنَّه يُكره لِما فيه من خُلفِ الوَعدِ، وضَمن المُعيرُ ما نَقَصَ البناءُ والغَرْسُ بالقَلعِ؛ لأنَّه[٣] مَغرورٌ من جهتِهِ حيثُ وقَّتَ له، والظَّاهرُ هو الوفاءُ بالعَهدِ، ويَرجِعُ عليه دَفعاً للضَّررِ عن نفسِهِ. كذا ذكَرَه القُدوريُّ في المختَصَر.

وذكَرَ الحاكمُ الشَّهيدُ أنَّه يَضمَنُ ربُّ الأرضِ لِلمُستعيرِ قيمةَ غَرسِهِ وبنائِهِ، ويكونانِ له، إلَّا أن يشاءَ المُستعيرُ أنْ يَرفَعَهما ولا يُضمِّنَه قِيمَتَهما، فيكونُ له ذلك؛ لأنه مِلكُه.

---

(١) أي: وقد عجز المستعيرُ عن ردِّ العينِ بالاستهلاك، فأقيمَ ردُّ المثلِ مُقامَ ردِّ العين.

(٢) أراد قوله فيما تقدَّم: «وللمعير أن يرجع متى شاء».

(٣) أي: المستعير.

ولو استعارها لِيَزرَعَها لم تُؤخَذْ منه حتَّى يَحصُدَ الزَّرعَ، وقَّتَ أو لم يُوقِّت. وأُجرَةُ رَدِّ العارِيَّةِ على المُستعيرِ، وأُجرَةُ رَدِّ العَينِ المُستأجَرَةِ على المُؤجِّرِ، وأُجرَةُ رَدِّ العَينِ المَغصُوبةِ على الغاصِبِ. وإذا استعارَ دابَّةً فَرَدَّها إلى إصطَبلِ مالِكِها، فَهَلَكَتْ لم يَضْمَنْ. وإنِ استعارَ عبداً فَرَدَّهُ إلى دارِ المالِكِ ولم يُسَلِّمْهُ إليه لم يَضْمَنْ، ......

قالوا: إذا كان في القَلعِ ضَررٌ بالأرض، فالخيارُ إلى ربِّ الأرضِ؛ لأنَّه صاحبُ أصلٍ، والمُستعيرُ صاحبُ تَبعٍ، والتَّرجيحُ بالأصل.

(ولو استعارها لِيَزرَعَها لم تُؤخَذْ منه حتَّى يَحصُدَ الزَّرعَ، وقَّتَ أو لم يُوقِّت)؛ لأنَّ له نهايةً معلومةً، وفي التَّركِ بالأجرِ مُراعاةُ الحقَّين، بخلاف الغَرسِ؛ لأنَّه ليس له نهايةٌ معلومةٌ، فَيُقلَعُ دَفعاً للضَّررِ عن المالك.

قال: (وأُجرَةُ رَدِّ العارِيَّةِ على المُستعيرِ)؛ لأنَّ الرَّدَّ واجبٌ عليه؛ لِما أنَّه قبَضَهُ لِمَنفعةِ نفسِهِ، والأجرةُ مؤْنَةُ الرَّدِّ، فتكونُ عليه.

(وأُجرَةُ رَدِّ العَينِ المُستأجَرَةِ على المُؤجِّرِ)؛ لأنَّ الواجبَ على المُستأجِرِ التَّمكينُ والتَّخليةُ دونَ الرَّدِّ، فإنَّ مَنفعَةَ قَبضِهِ سالمة لِلمُؤجِّرِ مَعنىً، فلا يكونُ عليه مُؤْنَةُ رَدِّهِ.

(وأُجرَةُ رَدِّ العَينِ المَغصُوبةِ على الغاصِبِ)؛ لأنَّ الواجبَ عليه الرَّدُّ والإعادةُ إلى يدِ المالكِ دَفعاً للضَّرَرِ عنه، فتكونُ مُؤْنَتُهُ عليه.

قال: (وإذا استعارَ دابَّةً فَرَدَّها إلى إصطَبلِ مالِكِها، فَهَلَكَتْ لم يَضْمَنْ)، وهذا استحسانٌ، وفي القياس يَضمَنُ؛ لأنَّه ما رَدَّها إلى مالِكِها، بل ضيَّعَها.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّه أتى بالتَّسليم المُتعارَفِ؛ لأنَّ ردَّ العَوارِي إلى دارِ المُلَّاكِ مُعتادٌ كآلَةِ البيتِ تُعارُ ثمَّ تُردُّ إلى الدَّار، ولو رَدَّها إلى المالِكِ، فالمالكُ يَردُّها إلى المَربَط فصَحَّ ردُّهُ.

(وإنِ استعارَ عبداً فَرَدَّهُ إلى دارِ المالِكِ ولم يُسَلِّمْهُ إليه لم يَضْمَنْ)؛ لِما بيَّنَّا.

ولو رَدَّ المَغصُوبَ أو الوَدِيعَةَ إلى دارِ المالِكِ ولم يُسلِّمْهُ إليه ضَمِنَ. ومَنِ استعارَ دابَّةً فَرَدَّها مع عَبدِهِ أو أَجِيرِهِ لم يَضْمَنْ، وكذا إذا رَدَّها مع عَبدِ رَبِّ الدَّابَّةِ أو أَجيرِهِ، وإنْ رَدَّها مع أجنبيٍّ ضَمِنَ. ....

(ولو رَدَّ المَغصُوبَ أو الوَدِيعَةَ إلى دارِ المالِكِ ولم يُسلِّمْهُ إليه ضَمِنَ)؛ لأنَّ الواجبَ على الغاصبِ فَسخُ فِعلِهِ، وذلك بالرَّدِّ إلى المالكِ دونَ غيرِهِ، والوديعةُ لا يرضى المالكُ بِرَدِّها إلى الدَّارِ، ولا إلى يَدِ مَن في العيال؛ لأنَّه لوِ ارتضاه لَمَا أودَعَها إيَّاه، بخلاف العَواري؛ لأنَّ فيها عُرفاً، حتَّى لو كانتِ العارِيَّةُ عِقْدَ جَوهرٍ لم يَرُدَّها إلَّا إلى المُعيرِ؛ لعَدَمِ ما ذكرناه من العُرفِ فيه.

قال: (ومَنِ استعارَ دابَّةً فَرَدَّها مع عَبدِهِ أو أَجِيرِهِ لم يَضْمَنْ)، والمرادُ بالأجيرِ أن يكونَ مُسانَهَةً أو مُشاهَرَةً؛ لأنَّها أمانةٌ، وله أن يَحفَظَها بِيَدِ مَنْ في عيالِهِ كما في الوديعةِ، بخلافِ الأجيرِ مُياوَمَةً؛ لأنَّه ليسَ في عياله.

(وكذا إذا رَدَّها مع عَبدِ رَبِّ الدَّابَّةِ أو أَجيرِهِ)؛ لأنَّ المالكَ يرضى به، ألا تَرَى أنَّه لو رَدَّه إليه فهو يَردُّه إلى عَبدِهِ. وقيل: هذا[1] في العبدِ الذي يَقومُ على الدَّوابِّ، وقيل: فيه وفي غيرِهِ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه وإنْ كان لا يُدفَعُ إليه دائماً يُدفَعُ إليه أحياناً.

(وإنْ رَدَّها مع أجنبيٍّ ضَمِنَ) ودَلَّتِ المسألةُ على أنَّ المُستعيرَ لا يَملِكُ الإيداعَ قَصداً كما قاله بعضُ المشايخِ. وقال بعضهم: يَملِكُهُ لأنَّه دونَ الإعارةِ، وأَوَّلوا هذه المسألَةَ[2] بإنتهاءِ الإعارةِ لانقضاءِ المُدَّةِ.

---

(١) أي: عدمُ الضَّمان بالرَّدِّ إلى عبدِ ربِّ الدَّابَّةِ. بناية.

(٢) يعني: أنَّ المشايخ الذين قالوا بأنَّ المستعير يملك الإيداع أولوا هذه المسألةَ، وهي قوله: «وإن ردَّها مع أجنبيٍّ ضمن»، بأنَّها فيما إذا كانت العاريَّةُ مؤقَّتةً، وقد انتهت باستيفاء مدَّتها، وحينئذٍ يصيرُ المستعيرُ مودَعاً، والمودَعُ لا يملك الإيداعَ بالاتفاق. بناية.

وَمَنْ أعارَ أرضاً بَيضاءَ لِلزَّراعةِ، يَكتُبُ «إِنَّكَ أطعَمْتَني» عند أبي حنيفة، وقالا: يكتبُ «إِنَّكَ أعرتَنِي».

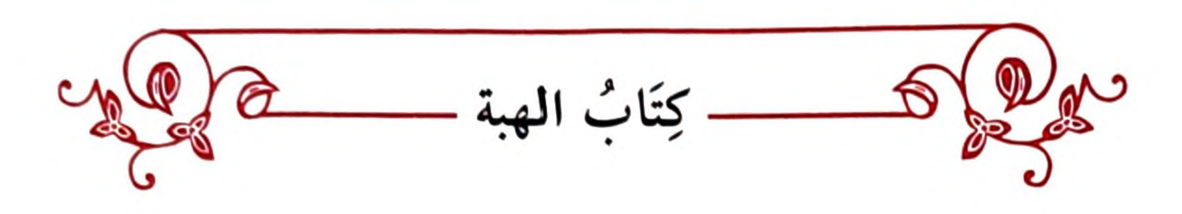
قال: (وَمَنْ أعارَ أرضاً بَيضاءَ لِلزَّراعةِ، يَكتُبُ «إِنَّكَ أطعَمْتَني» عند أبي حنيفة، وقالا: يكتبُ «إِنَّكَ أعرتَنِي»)؛ لأنَّ لفظةَ الإعارةِ موضوعةٌ له، والكتابةُ بالموضوعِ له أولى، كما في إعارةِ الدَّار[1].

وله: أنَّ لفظةَ «الإطعام» أدَلُّ على المراد؛ لأنَّها تَخُصُّ الزَّراعةَ، والإعارةُ تَنتظِمُها وغَيرَها كالبناء ونحوه، فكانتِ الكتابةُ بها أولى، بخلافِ الدَّار؛ لأنَّها لا تُعارُ إلَّا لِلسُّكنى، واللهُ أعلم بالصَّواب.



(١) حيثُ لا يكتبُ «أسكنتني»، وكذا في إعارة الثَّوب لا يكتب «ألبستني».

كتاب الهبة



كِتَابُ الهبة

وتَصِحُّ بالإيجابِ والقَبولِ والقَبضِ، ....

(كتاب الهبة[1])

الهبةُ عقدٌ مشروعٌ؛ لقوله ﷺ: «تَهادُوا تَحابُّوا»[2]، وعلى ذلك انعقَدَ الإجماعُ.

(وتَصِحُّ بالإيجابِ والقَبولِ والقَبضِ)، أمَّا الإيجابُ والقَبولُ؛ فلأنَّه عقدٌ، والعَقدُ يَنعقِدُ بالإيجابِ والقَبولِ، والقَبضُ لا بدَّ منه لِثُبوتِ المِلْك.

وقال مالك[3]: يَثبُتُ المِلكُ فيه قبلَ القَبضِ اعتباراً بالبيعِ. وعلى هذا الخلاف الصَّدقةُ.

ولنا: قولُهُ ﷺ: «لا تَجوزُ الهبةُ إلَّا مَقبوضةً»[4]، والمرادُ نَفيُ المِلكِ؛ لأنَّ الجوازَ بدونه ثابتٌ، ولأنَّه عقدُ تَبرُّعٍ، وفي إثباتِ المِلْكِ قبلَ القَبضِ إلزامُ المُتبرِّعِ شيئاً لم يتبرَّع به، وهو التَّسليمُ، فلا يصحُّ، بخلاف الوصيَّةِ؛ لأنَّ أوانَ ثُبوتِ المِلكِ فيها بعد الموت، ولا إلزامَ على المُتبرِّعِ؛ لِعَدَم أهليَّةِ اللُّزومِ، وحقُّ

---

(١) وهي في اللُّغة: عبارةٌ عن إيصال الشَّيء إلى الغير بما ينفعه، قال الله تعالى ﴿فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا﴾ [مريَم: ٥]. وفي الشَّريعة: تمليكُ المالِ بلا عِوَض. عناية.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ١٢٠): أخرجه بهذا اللَّفظ البخاريُّ في الأدبِ المُفرَد، والنَّسائيُّ، والبيهقيُّ في شعب الإيمانِ، عن أبي هريرة. ورواه الحاكم في كتاب علوم الحديث عن عبد الله بن عمرو، ورواه ابن القاسم الأصبهاني في كتاب الترغيب والترهيب عن عبد الله بن عمر، ورواه الطبراني في الأوسط عن عائشة.

(٣) في (ج): قال محمد.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ١٢١): غريب، ورواه عبد الرَّزاق في مصنفه، كتاب المواهب، باب: الهبات (١٦٥٢٩) عن إبراهيم النخعي قال: «الهبةُ لا تجوزُ حتَّى تُقبَض، والصَّدقةُ تجوزُ قبل أن تُقبَض».

فإنْ قَبَضَها المَوهوبُ لَهُ في المَجلِسِ بِغَيرِ أمرِ الواهِبِ جازَ، وإنْ قَبَضَ بعدَ الافتراقِ لم يَجُزْ إلَّا أنْ يَأذَنَ له الواهِبُ في القَبضِ. وتَنعقِدُ الهِبةُ بقوله: «وَهَبْتُ، ونَحَلْتُ، وأعطيتُ»، ....

الوارثِ متأخِّرٌ عن الوصيَّة، فلم يَملِكْها.

قال: (فإنْ قَبَضَها المَوهوبُ لَهُ في المَجلِسِ بِغَيرِ أمرِ الواهِبِ جازَ) استحساناً، (وإنْ قَبَضَ بعدَ الافتراقِ لم يَجُزْ إلَّا أنْ يَأذَنَ له الواهِبُ في القَبضِ)، والقياسُ أن لا يَجوزَ في الوجهين، وهو قولُ الشَّافعيِّ[1]؛ لأنَّ القبضَ تَصرُّفٌ في مِلْكِ الواهِبِ، إذْ مِلكُهُ قبلَ القَبضِ باقٍ، فلا يصحُّ بدونِ إذنِه.

ولنا: أنَّ القَبضَ بمنزلةِ القَبولِ في الهبةِ[2]، من حيثُ إنَّه يَتوقَّفُ عليه[3] ثُبوتُ حُكمِهِ، وهو المِلكُ، والمقصودُ منه[4] إثباتُ المِلكِ، فيكونُ الإيجابُ منه[5] تسليطاً على القبضِ.

بخلاف ما إذا قَبَضَ بعدَ الافتراقِ؛ لأنَّا إنَّما أثبتنا التَّسليطَ فيه إلحاقاً له[6] بالقبول، والقبولُ يتقيَّدُ بالمجلس، فكذا ما يُلحَقُ به، بخلاف ما إذا نهاه عن القبضِ في المجلس؛ لأنَّ الدِّلالةَ لا تَعمَلُ في مُقابلةِ الصَّريحِ.

قال: (وتَنعقِدُ الهِبةُ بقوله: «وَهَبْتُ، ونَحَلْتُ، وأعطيتُ»)؛ لأنَّ الأوَّلَ صريحٌ

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٥٤٢) دار الفكر: (ولا يُملَكُ موهوبٌ إلَّا بقبضٍ)، ولا بدَّ أن يكون القبضُ (بإذنِ الواهبِ)، فلو قَبَضَ بلا إذنٍ ولا إقباض لم يَملِكه ودخل في ضمانه، سواءٌ أقبَضَه في مجلس العقد أم بعده. اهـ بتصرف.

(٢) أي: القبضُ في الهبة بمنزلة القَبولِ في البيع. وقوله: «في الهبة» يتعلَّقُ بقوله: «أنَّ القبضَ» لا بقوله: «القبول»، فافهم. بناية.

(٣) أي: على القبول.

(٤) أي: مقصودُ الواهب من عقد الهبة.

(٥) أي: من الواهب.

(٦) أي: للقبض.

وكذا تَنعقِدُ بِقَولِهِ: «أطعَمْتُكَ هذا الطَّعامَ» و«جَعَلتُ هذا الثَّوبَ لك» و«أعمَرْتُكَ هذا الشَّيءَ» و«حَمَلتُكَ على هذه الدَّابَّةِ» إذا نوى بالحملِ الهِبةَ. ....

فيه، والثَّاني مُستعمَلٌ فيه، قال ﷺ: «أكُلَّ أولادِكَ نَحَلْتَ مِثلَ هذا ؟»[1] وكذلك الثَّالثُ يقال: «أعطاكَ اللهُ، ووَهَبَكَ اللهُ» بمعنى واحد.

(وكذا تَنعقِدُ بِقَولِهِ: «أطعَمْتُكَ هذا الطَّعامَ» و«جَعَلتُ هذا الثَّوبَ لك» و«أعمَرْتُكَ هذا الشَّيءَ» و«حَمَلتُكَ على هذه الدَّابَّةِ» إذا نوى بالحَمْلِ الهِبةَ).

أمَّا الأوَّل فلأنَّ الإطعامَ إذا أُضيفَ إلى ما يُطعَمُ عينُهُ يُرادُ به تَمليكُ العينِ، بخلاف ما إذا قال: «أطعمتُكَ هذه الأرضَ» حيثُ تكونُ عاريَّةً؛ لأنَّ عينَها لا تُطعَمُ، فيكونُ المرادُ أكلَ غَلَّتِها.

وأمَّا الثَّاني فَلأنَّ حَرْفَ اللَّامِ لِلتَّمليكِ.

وأمَّا الثَّالث فلقوله ﷺ: «فَمَنْ أعمَرَ عُمْرَى فهي لِلمُعْمَرِ له ولِوَرَثَتِهِ من بَعدِهِ»[2]، وكذا إذا قال: «جعلتُ هذه الدَّارَ لك عُمرَى» لِما قلنا.

وأمَّا الرَّابع فلأنَّ الحَمْلَ هو الإركابُ حقيقةً، فيكون عارِيَّةً لكنَّه يَحتمِلُ الهبةَ، يقال: «حَمَلَ الأميرُ فلاناً على فرس» ويُرادُ به التَّمليك، فَيُحمَلُ عليه عند نيَّتِهِ.

---

(١) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الهبة وفضلها، باب: الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئا لم يجز حتى يعدل بينهم (٢٤٤٦)، ومسلم في الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٦٢٣) عن النُّعمانِ بن بشيرٍ أنَّ أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: إنِّي نَحَلتُ ابني هذا غلاماً كان لي فقال: «أكلَّ وَلدِكَ نَحلتَ مِثلَهُ؟»، قال: لا، قال: «فارجِعْه». واللفظ لمسلم.

(٢) أخرجه مسلم في الهبات، باب: العمرى (١٦٢٥) عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أمسِكُوا عليكم أموالَكُم ولا تُفسِدُوها، فإنَّه مَن أعمَرَ عُمْرَى فهي للذي أعمَرَها حيّاً ومَيتاً ولِعَقبِهِ».

ولو قال: «كَسَوتُكَ هذا الثَّوبَ» يكونُ هِبةً، ولو قال: «مَنَحتُكَ هذه الجاريةَ». كانت عارِيَّةً. ولو قال: «داري لكَ هِبةٌ سُكنَى» أو «سُكنَى هِبةٌ» فهي عارِيَّةٌ، وكذا إذا قال: «عُمرَى سُكنَى»، أو «نُحْلَى سُكْنَى»، أو «سُكنَى صَدَقةٌ»، أو «صَدقةٌ عارِيَّةٌ»، أو «عارِيَّةٌ هِبةٌ». ولو قال: «هبةٌ تُسكنُها» فهي هِبةٌ. ....

(ولو قال: «كَسوتُكَ هذا الثَّوبَ» يكونُ هِبةً)؛ لأنَّه يُرادُ به التَّمليكُ، قال الله تعالى: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾ [المَائدة: ٨٩]، ويُقالُ: «كسا الأميرُ فلاناً ثوباً»، أي: ملَّكه منه.

(ولو قال: «مَنَحتُكَ هذه الجاريةَ» كانت عارِيَّةً)؛ لِما روينا من قبل[١].

(ولو قال: «داري لكَ هِبةٌ سُكنَى» أو «سُكنَى هِبةٌ» فهي عارِيَّةٌ)؛ لأنَّ العارِيَّةَ مُحكَمةٌ في تمليكِ المَنفعةِ، والهِبةُ تَحتمِلُها وتَحتمِلُ تمليكَ العَينِ، فَيُحمَلُ المُحتَمَلُ على المُحكَمِ، (وكذا إذا قال: «عُمرَى سُكنَى»، أو «نُحْلَى سُكْنَى»، أو «سُكنَى صَدَقةٌ»، أو «صَدقةٌ عارِيَّةٌ»، أو «عارِيَّةٌ هِبةٌ»)؛ لِما قدَّمناه.

(ولو قال: «هبةٌ تُسكنُها» فهي هِبةٌ)؛ لأنَّ قوله: «تسكنها» مشورةٌ وليس بتَفسيرٍ له، وهو تنبيهٌ على المقصود[٢]، بخلاف قوله: «هِبةٌ سُكنى»؛ لأنَّه[٣] تفسيرٌ له[٤].

---

(١) يعني: ما تقدَّم في ص (٦٠٠) في كتاب العارِيَّةِ من قوله ﷺ: «المِنحةُ مردودةٌ». عناية.

(٢) أي: أنَّه ملَّكه الدَّارَ عُمرَهَ لِيَسكُنَها، وهو معلومٌ وإن لم يذكره، فلا يَتغيَّرُ به حكمُ التَّمليكِ، بمنزلة قوله: «هذا الطَّعامُ لكَ تأكلُهُ، وهذا الثَّوبُ لك تَلبَسُه»، فإن شاءَ قَبِلَ مَشورتَه وفَعَلَ ما قال، وإن شاءَ لم يقبل. عناية.

(٣) أي: قوله: «سكنى».

(٤) أي: تفسيرٌ لقوله: «هبة»، والفرقُ بينهما: أنَّ قوله: «سُكنى» اسمٌ، فجازَ أن يَقَعَ تفسيراً لاسم آخَرَ، بخلاف قوله: «تَسكُنُها» لكونه فِعلاً. وقيل: لأنَّ قوله: «تَسكنُها» فِعلُ المُخاطَبِ فلا يصلُحُ تفسيراً لقولِ المُتكلِّمِ. عناية.

ولا تَجوزُ الهِبةُ فيما يُقسَمُ إلَّا مَحُوزَةً مَقسُومَةً، وهِبةُ المُشاعِ فيما لا يُقسَمُ جائزةٌ.

قال: (ولا تَجوزُ الهِبةُ فيما يُقسَمُ إلَّا مَحُوزَةً[1] مَقسُومَةً، وهِبةُ المُشاعِ فيما لا يُقسَمُ[2] جائزةٌ)، وقال الشَّافعيُّ[3]: تجوزُ في الوجهين؛ لأنَّه عَقدُ تَمليكٍ فيصحُّ في المُشاعِ وغَيرِهِ كالبيعِ بأنواعه، وهذا؛ لأنَّ المُشاعَ قابلٌ لِحُكمِهِ، وهو المِلكُ، فيكونُ مَحَلاً له، وكونُهُ تبرُّعاً لا يُبطِلُهُ الشُّيوعُ كالقَرْضِ[4] والوصيَّةِ[5].

ولنا: أنَّ القبضَ منصوصٌ عليه في الهبةِ[6]، فَيُشترطُ كمالُهُ، والمُشاعُ لا يَقبلُهُ إلَّا بضمِّ غَيرِهِ إليه، وذلك غيرُ مَوهوبٍ، ولأنَّ في تَجويزِهِ إلزامَهُ شيئاً لم يَلتزِمْهُ، وهو مُؤْنَةُ القِسمةِ، ولهذا امتَنَعَ جوازُهُ قبلَ القبضِ لئلا يَلزَمَه التَّسليمُ، بخلافِ ما لا يُقسَمُ؛ لأنَّ القبضَ القاصِرَ هو المُمكِنُ، فَيُكتَفَى به؛ ولأنَّه لا تَلزَمُه مُؤْنَةُ القسمةِ.

---

(١) أي: مفرَّغةً عن أملاكِ الواهبِ، حتَّى لا تصحُّ هبةُ الثَّمر على الشَّجر، والزَّرعِ في الأرضِ، بدونِ الشَّجر والأرضِ، وكذا العكسُ عندنا. بناية.

(٢) وضابطُ الفرقِ بين ما يُقسمُ وما لا يُقسمُ: أنَّ كلَّ شيءٍ يَضرُّهُ التَّبعيضُ فيوجِبُ نقصاناً في ماليَّتِهِ لا يَحتمِلُ القسمةَ، وما لا يُوجِبُ ذلك فهو يَحتمِلُها، فالأوَّل كالعبدِ والحيوانِ والبيتِ الصَّغير، والثَّاني كالدَّارِ والبيت الكبير. عناية.

(٣) قال النووي في الروضة (٤/ ٤٣٥) الكتب العلمية:
ما جاز بيعه جازت هبتُهُ، وما لا فلا، هذا هو الغالب، وقد يختلفان، فتجوز هبةُ المَشاع سواءٌ المنقسمُ وغيره، وسواءٌ وهبَهَ للشَّريك أو غيره، وتجوزُ هبةُ الأرض المزروعة مع زرعها ودونَ زرعها وعكسه.

(٤) بأن دَفَع ألفَ درهم إلى رجلٍ، على أن يكون نِصفُهُ قَرْضاً عليه، ويعمَلَ في النِّصفِ الآخرِ شركةً، فإنَّ ذلك صحيحٌ، فدلَّ على أنَّ الشُّيوعَ لا يُبطِل التَّبرُّعَ، فلا يكون مانعاً.

(٥) بأن أوصى لرجلين بألفِ درهمٍ، فإنَّ ذلك صحيحٌ، فدلَّ على أنَّ الشُّيوعَ لا يُبطِلُ التَّبرُّعَ، فلا يكون مانعاً.

(٦) أراد ما تقدَّمَ من قولِ إبراهيم النَّخعي: «لا تجوزُ الهبةُ حتَّى تُقبَض، والصَّدقةُ تجوزُ قبل أن تُقبَضَ».

ولو وَهَبَ من شَريكِهِ لا يجوزُ. ومَنْ وَهَبَ شِقْصاً مُشاعاً فالهِبةُ فاسدةٌ، فإنْ قَسَمَهُ وسَلَّمَهُ جاز. ولو وَهَبَ دقيقاً في حِنطَةٍ، أو دُهناً في سِمْسِمٍ، فالهبةُ فاسدةٌ، فإنْ طَحَنَ وسَلَّمَ لم يَجُزْ، ....

والمُهايأةُ[١] تَلزَمُه فيما لم يَتبرَّعْ به، وهو المَنفعَةُ، والهِبةُ لاقَتِ العينَ.

والوصيَّةُ ليس من شَرْطِها القَبضُ[٢]، وكذا البيعُ الصَّحيحُ، وأمَّا البيعُ الفاسدُ والصَّرفُ والسَّلَم فالقبضُ فيها غيرُ منصوصٍ عليه[٣]، ولأنَّها عقودُ ضمانٍ فتُناسِبُ لُزُومَ مؤُنةِ القسمةِ.

والقرضُ تبرُّعٌ من وجهٍ وعقدُ ضَمانٍ من وَجهٍ، فشَرَطنا القبضَ القاصِرَ فيه دونَ القسمةِ عملاً بالشَّبهينِ، على أنَّ القبضَ غيرُ مَنصوصٍ عليه فيه.

(ولو وَهَبَ من شَريكِهِ لا يجوزُ)؛ لأنَّ الحكمَ يُدارُ على نَفسِ الشُّيوعِ.

قال: (ومَنْ وَهَبَ شِقْصاً مُشاعاً فالهِبةُ فاسدةٌ[٤])؛ لِما ذكرنا[٥] (فإنْ قَسَمَهُ وسَلَّمَهُ جاز)؛ لأنَّ تمامَهُ بالقَبضِ، وعنده لا شُيوع.

قال: (ولو وَهَبَ دقيقاً في حِنطَةٍ، أو دُهناً في سِمْسِمٍ، فالهبةُ فاسدةٌ، فإنْ طَحَنَ وسَلَّمَ لم يَجُزْ)، وكذا السَّمنُ في اللَّبنِ؛ لأنَّ المَوهوبَ مَعدُومٌ، ولهذا[٦]

---

(١) هذا جواب سؤالٍ يردُ علينا، تقديره أن يقال: ينبغي أن لا يجوز فيما لا يحتملُ القسمةَ؛ لأنَّه يلزم المهايأَةَ، وفي إيجابها إلزامُ ما لم يلزم. بناية.

(٢) جوابٌ عن قوله: «كالقَرْض والوصيَّة».
وتقريره: أنَّ الشُّيوعَ مانعٌ فيما يكون القبضُ من شِرْطِه لِعَدَم تحقُّقِهِ في المُشاع، والوصيَّةُ ليست كذلك. عناية.

(٣) أي: القبضُ في البيع الفاسد وما بعده وإن كان شرطاً للملك، لكنَّه غيرُ منصوصٍ عليه فيها. عناية.

(٤) معناه: لا يثبتُ الملكُ قبلَ تَسليمِهِ مُفرَزاً؛ لأنَّ الهبةَ في نفسها جائزةٌ. بناية.

(٥) من أنَّ الهبةَ فيما يُقسَم لا تجوز إلَّا محرزةً مقسومة. بناية.

(٦) أي: ولكون الموهوبِ معدوماً.

وإذا كانتِ العَينُ في يدِ المَوهُوبِ له، مَلَكَها بالهبةِ وإنْ لم يُجَدِّدْ فيها قَبْضاً. وإذا وَهَبَ الأبُ لابنِهِ الصَّغيرِ هِبةً، مَلَكَها الابنُ بِالعَقدِ، ....

لو استخرَجَه الغاصِبُ يَملِكُه[1]، والمَعدومُ ليس بِمَحلٍّ لِلمِلكِ، فوَقَعَ العقدُ باطلاً، فلا يَنعقِدُ إلَّا بالتَّحديد، بخلاف ما تقدَّم[2]؛ لأنَّ المُشاعَ محلٌّ للتَّمليكِ.

وهِبةُ اللَّبَنِ في الضَّرعِ، والصُّوفِ على ظَهرِ الغَنَمِ، والزَّرعِ والنَّخلِ في الأرض، والتَّمرِ في النَّخيل بمنزلة المُشاعِ؛ لأنَّ امتناعَ الجَوازِ للاتِّصالِ، وذلك يَمنَعُ القَبضَ كالشَّائع.

قال: (وإذا كانتِ العَينُ في يدِ المَوهُوبِ له، مَلَكَها بالهبةِ وإنْ لم يُجَدِّدْ فيها قَبْضاً)؛ لأنَّ العينَ في قَبضِهِ، والقَبضُ هو الشَّرطُ، بخلاف ما إذا باعه منه؛ لأنَّ القَبضَ في البيعِ مَضمونٌ فلا يَنوبُ عنه قَبضُ الأمانةِ، أمَّا قَبضُ الهبةِ فغيرُ مَضمونٍ، فينوبُ عنه.

قال: (وإذا وَهَبَ الأبُ لابنِهِ الصَّغيرِ هِبةً، مَلَكَها الابنُ بِالعَقدِ)؛ لأنَّه في قَبضِ الأبِ، فَينوبُ عن قَبضِ الهبةِ. ولا فَرْقَ بين ما إذا كان في يدِهِ أو في يدِ مُودَعِهِ؛ لأنَّ يده كيده. بخلاف ما إذا كان[3] مرهوناً، أو مَغصُوباً، أو مَبِيعاً بيعاً فاسِداً؛ لأنَّه في يدِ غيرِهِ[4] أو في مِلْكِ غيرِهِ.

والصَّدقةُ في هذا مِثلُ الهبةِ. وكذا إذا وَهَبَتْ له أمُّهُ، وهو في عيالِها، والأبُ مَيتٌ، ولا وَصِيَّ له، وكذلك كلُّ مَن يَعُولُه[5].

---

(١) أي: بأن غَصَب سِمسماً، فاستخرج دُهنَهُ فإنَّه يملكه؛ لأنَّه وقتَ الغصبِ لم يكن موجوداً، فلم يَرِد عليه الغَصبُ. بناية.

(٢) وهو المُشاع، فإنَّه لا يحتاجُ فيه إلى تجديد العقد. بناية.

(٣) أي: الموهوبُ للابن.

(٤) أي: في يدِ غيرِ الأبِ، فلا ينوبُ قبضُ المرتهِنِ والغاصبِ عن قبضِ الهبةِ للولد.

(٥) أي: كلُّ من يعولُ الصَّغيرَ إذا قبض الهبةَ له، يصحُّ، كالأخ والعمِّ.

وإنْ وَهَبَ له أجنبيٌّ هِبةً، تَمَّتْ بِقَبضِ الأبِ. وإذا وَهَبَ لِليتيمِ هِبةً فَقبَضَها له وَليُّهُ، وهو وَصيُّ الأبِ، أو جَدُّ اليتيمِ، أو وَصيُّهُ جاز، وإنْ كان في حُجْرِ أمِّهِ فَقَبْضُها له جائزٌ، وكذا إذا كان في حُجْرِ أجنبيٍّ يُربِّيهِ، وإنْ قَبَضَ الصَّبيُّ الهِبةَ بِنَفسِهِ جازَ. وإذا وَهَبَ اثنانِ مِنْ واحدٍ داراً جازَ، ....

(وإنْ وَهَبَ له أجنبيٌّ هِبةً، تَمَّتْ بِقَبضِ الأبِ)؛ لأنَّه يَملِكُ عليه الدَّائرَ بينَ النَّافعِ والضَّائر، فأولى أن يَملِكَ النَّافعَ.

قال: (وإذا وَهَبَ لِليتيمِ هِبةً فَقبَضَها له وَليُّهُ، وهو وَصيُّ الأبِ، أو جَدُّ اليتيمِ، أو وَصيُّهُ جاز)؛ لأنَّ لهؤلاء وِلايةً عليه لِقيامِهِم مَقامَ الأب.

(وإنْ كان في حُجْرِ أمِّهِ فَقَبْضُها له جائزٌ)؛ لأنَّ لها الوِلايةَ فيما يَرجِعُ إلى حِفظِهِ وحفظِ مالِهِ، وهذا من بابه؛ لأنَّه لا يبقى إلَّا بالمال، فلا بدَّ من ولايةِ التَّحصيلِ النَّافعِ.

(وكذا إذا كان في حُجْرِ أجنبيٍّ يُربِّيهِ)؛ لأنَّ له عليه يداً مُعتبَرَةً، ألا ترى أنَّه لا يتمكَّنُ أجنبيٌّ آخَرُ أن يَنزِعَهُ من يدِهِ، فَيملِكُ ما يَتمحَّضُ نَفْعاً في حقِّه.

(وإنْ قَبَضَ الصَّبيُّ الهِبةَ بِنَفسِهِ جازَ)، معناه: إذا كان عاقلاً؛ لأنَّه نافعٌ في حقِّه، وهو مِنْ أهلِهِ.

وفيما وُهِبَ لِلصَّغيرةِ يجوزُ قَبضُ زَوجِها لها بعدَ الزِّفافِ؛ لِتَفويضِ الأبِ أُمورَها إليه دِلالةً، بخلاف ما قبلَ الزِّفافِ، ويَملِكُهُ مع حَضرةِ الأبِ، بخلافِ الأمِّ وكُلِّ مَن يَعُولُها غيرُها، حيثُ لا يَملِكُونَهُ إلَّا بعدَ مَوتِ الأبِ، أو غَيبتِهِ غَيبةً مُنقطِعَةً في الصَّحيحِ؛ لأنَّ تَصرُّفَ هؤلاءِ لِلضَّرورةِ، لا بِتَفويضِ الأبِ، ومَعَ حُضُورِهِ لا ضَرورة.

قال: (وإذا وَهَبَ اثنانِ مِنْ واحدٍ داراً جازَ)؛ لأنَّهما سلَّماها جُملةً، وهو قد قَبَضَها جُملةً، فلا شُيوعَ.

وإنْ وَهَبَها واحدٌ مِن اثنينِ، لا يَجوزُ عند أبي حنيفةَ، وقالا: يَصِحُّ. وفي الجامع الصَّغير: إذا تصَدَّقَ على مُحتاجَيْنِ بِعَشَرَةِ دراهمَ، أو وَهَبَها لهما جاز، ولو تصَدَّقَ بها على غَنِيَّينِ أو وَهَبَها لهما لم يَجُزْ، وقالا: يجوزُ للغَنِيَّينِ أيضاً.

(وإنْ وَهَبَها واحدٌ مِن اثنينِ، لا يَجوزُ عند أبي حنيفةَ، وقالا: يَصِحُّ)؛ لأنَّ هذه هِبةُ الجُملةِ منهما، إذ التَّمليكُ واحدٌ فلا يتحقَّقُ الشُّيوعُ، كما إذا رَهَنَ من رجلين داراً.

وله: أنَّ هذه هِبةُ النِّصفِ مِنْ كلِّ واحدٍ منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يُقسَمُ فَقَبِلَ أحَدُهما صَحَّ، ولأنَّ المِلكَ يَثبُتُ لكلِّ واحدٍ منهما في النِّصفِ، فيكونُ التَّمليكُ كذلك؛ لأنَّه حُكمُهُ، وعلى هذا الاعتبارِ يَتحقَّقُ الشُّيوعُ.

بخلافِ الرَّهنِ؛ لأنَّ حُكمَهُ الحَبسُ، ويَثبُتُ لكلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً، إذْ لا تَضايُفَ فيه[١]، فلا شُيوعَ، ولهذا لو قَضى دَيْنَ أحَدِهما لا يَستردُّ شيئاً من الرَّهنِ.

(وفي الجامع الصَّغير: إذا تصَدَّقَ على مُحتاجَيْنِ بِعَشَرَةِ دراهمَ، أو وَهَبَها لهما جاز، ولو تصَدَّق بها على غَنِيَّينِ أو وَهَبَها لهما لم يَجُزْ، وقالا: يجوزُ للغَنِيَّينِ أيضاً). جَعَلَ[٢] كلَّ واحدٍ منهما مجازاً عن الآخر[٣]، والصَّلاحيةُ ثابتةٌ[٤]؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما تمليكٌ بغير بَدَلٍ.

وفرَّقَ بينَ الصَّدقةِ والهبةِ في الحكم في الجامع[٥]. ....

---

(١) في (أ) قوله: «إذ لا تضايف فيه» ساقط.

(٢) أي: أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٣) حيث جَعَلَ الهِبةَ للفقيرينِ صَدَقةً، وجعلَ الصَّدقَةَ على الغَنيَّينِ هِبةً، والعلاقةُ بينهما أنَّ كلَّ واحدٍ منهما تمليكٌ بلا عِوَضٍ، فجازتِ الاستعارةُ.

(٤) أي: صلاحيَّةُ كلٍّ من الهبة والصَّدقةِ لأن يُجعَل مكانَ الآخَرِ مَجازاً لوجودِ العلاقةِ ثابتةٌ.

(٥) أي: في الجامع الصَّغير، فجَعَل الشُّيوعَ في الصَّدقةِ لا يمنعُ جَوازها على الفقيرين، ويمنعُ جوازَ الهبةِ على الغنيَّين. بناية.

وفي الأصل[١] سوَّى بينهما[٢] فقال: وكذلك الصَّدقةُ؛ لأنَّ الشُّيوعَ مانعٌ في الفَصلَين[٣] لِتوقُّفِهما على القبضِ.

ووجهُ الفَرقِ[٤] على هذه الرِّواية[٥]: أنَّ الصَّدقةَ يُرادُ بها وجهُ الله تعالى، وهو واحدٌ[٦]، والهبةُ يُرادُ بها وجهُ الغَنيِّ[٧] وهما اثنان. وقيل هذا[٨] هو الصَّحيح، والمرادُ بالمذكور في الأصل الصَّدقةُ على غَنيَّين[٩].

ولو وَهَبَ لِرجلَينِ داراً، لأحَدِهما ثُلُثاها ولِلآخَرِ ثُلُثُها، لم يَجزْ عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز. ولو قال: لأحَدِهما نِصفُها وللآخَرِ نِصفُها، عن أبي يوسف فيه روايتان، فأبو حنيفة مَرَّ على أصلِهِ، وكذا محمد.

والفرقُ لأبي يوسف: أنَّ بالتَّنصيصَ على الأبعاضِ يُظهِرُ أنَّ قَصْدَهُ ثُبوتُ المِلكِ في البعضِ، فَيَتحقَّقُ الشُّيوعُ، ولهذا لا يجوزُ إذا رَهَنَ من رَجلَينِ ونَصَّ على الأبعاض.

---

(١) أي: المبسوط.

(٢) أي: بين الصَّدقةِ والهبةِ.

(٣) أي: الصَّدقة والهبة، فالشُّيوعُ مانعٌ فيهما لتوقُّفِهما - أي: لِتوقُّفِ الصَّدقةِ والهبةِ - على القبضِ، والشُّيوعُ يمنعُ من القبض كملاً.

(٤) أي: وجهُ الفَرقِ بين الهبةِ من اثنين حيثُ لا يجوز عند أبي حنيفة، وبينَ الصَّدقةِ على اثنين حيثُ يجوزُ.

(٥) أي: على رواية الجامع الصغير.

(٦) فيقع جميعُ العَينِ لله تعالى على الخُلُوصِ، فلا شُيوع فيها.

(٧) أي: والفَرْضَ أيضاً.

(٨) أي: المذكور في الجامع الصَّغير من جواز الصدقة على فقيرين، هو الصحيح. فإذا كان هذا هو الصَّحيح فيحتاج ما ذكر في الأصل إلى التأويل، وهو ما أشار إليه بقوله: والمراد بالمذكور ... بناية.

(٩) فتكون الصَّدقةُ مجازاً للهبة، ويجوزُ المجازُ على ما ذكره في الكتاب، لأنَّ كلَّ واحدٌ منهما تمليكٌ بغير بدل. عناية.

باب الرجوع في الهبة

وإذا وَهَبَ هِبةً لأجنبيٍّ فَلَهُ الرُّجوعُ فيها، ....

(باب الرجوع في الهبة)

قال: (وإذا وَهَبَ هِبةً لأجنبيٍّ فَلَهُ الرُّجوعُ فيها)، وقال الشَّافعيُّ[1]: لا رُجوعَ فيها؛ لقوله ﷺ: «لا يَرجِعُ الواهِبُ في هبتِهِ إلَّا الوالدُ فيما يَهَبُ لِوَلَدِهِ»[2] ولأنَّ الرُّجوعَ يُضادُّ التَّمليكَ، والعقدُ لا يَقتضِي ما يُضادُّه، بخلافِ هبةِ الوالدِ لوَلَدِهِ على أصله[3]؛ لأنَّه لم يتمَّ التَّمليكُ؛ لكونه جُزءاً له.

ولنا: قولُهُ ﷺ: «الواهبُ أحقُّ بِهِبَتِهِ ما لم يُثَبْ منها»[4] أي: ما لم يُعوَّض؛

---

(١) قال النووي في الروضة (٤/ ٤٣٩) الكتب العلمية: الهبةُ تنقسمُ إلى مقيَّدةٍ بنفي الثَّواب - أي: العِوَض - ومقيَّدةٍ باثباته، ومطلقة.
- أمَّا المقيَّدةُ بنفي الثَّواب، فتلزم بنفسِ القبضِ، ولا رُجوعَ فيها إلا للوالد، فإنَّه يرجع فيما وهبه لولده.
- وأمَّا القسمُ الثاني: وهي المُطلَقة، فينظر، إن وهب الأعلى للأدنى، فلا ثواب - أي: لا يصحُّ الرُّجوع -، وفي عكسه قولان، أظهرُهُما عند الجمهور: لا ثواب. والثاني: يجب الثَّواب ... إلخ
- وأما القسم الثالث: فالمقيَّدة بالثواب. ...وفيها تفصيل انظره في (٤/ ٤٤٧).

(٢) أخرج الحاكم (٢/ ٥٣) (٢٢٩٨)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في الرجوع في الهبة (١٢٩٨)، والنسائي في الصغرى، كتاب الهبة، ذكر الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته (٣٧٠٣)، وأبو داود في الإجارة، باب: الرجوع في الهبة (٣٥٣٩) عن ابن عمر وابن عباس عن النَّبيِّ ﷺ، قال: «لا يَحِلُّ لِرَجلٍ أن يُعطِيَ عطيَّةً، أو يَهَبَ هِبةً فَيَرجِعَ فيها، إلَّا الوالدُ فيما يُعطي وَلَدَهُ، ومَثَلُ الذي يُعطي العطيَّةَ ثمَّ يرجعُ فيها، كمَثَلِ الكلبِ يأكلُ، فإذا شَبِعَ قاءَ، ثمَّ عاد في قَيئِهِ» واللفظ لأبي داود. قال الترمذي: حديث حسنٌ صحيحٌ.

(٣) أي: على أصل الشافعيِّ؛ فإنَّ من أصله أنَّ للأب حقَّ الملكِ في مالِ ابنِهِ؛ لأنَّه جزؤه، فالتَّمليكُ منه كالتَّمليك من نفسه من وجه. بناية.

(٤) أخرج الطبراني في الكبير (١١/ ١٤٧) (١١٣٤١)، والحاكم (٢/ ٦٠) (٢٣٢٣)، وابن ماجه - واللفظ له - في الهبات، باب: من وهب هبة رجاء ثوابها (٢٣٨٧) عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الرَّجلُ أحقُّ بهبتِهِ ما لم يُثَب منها».

إلَّا أنْ يُعوِّضَهُ عنها أو تَزِيدَ زِيادةً مُتَّصِلَةً، أو يَمُوتَ أَحَدُ المُتعاقِدَين، أو تَخرُجَ الهِبَةُ عن مِلْكِ المَوهُوبِ له. ....

ولأنَّ المقصودَ بالعقدِ هو التَّعويضُ للعادة، فَتَثبُتُ له وِلايةُ الفَسخِ عند فَواتِهِ، إذِ العقدُ يَقبَلُهُ.

والمرادُ بما رَوى نَفيُ استبدادِ الرُّجوعِ[1]، وإثباتُهُ للوالد؛ لأنَّه يَتملَّكُه للحاجة، وذلك يُسمَّى رُجوعاً.

وقوله في الكتاب: «فله الرُّجوعُ» لِبيان الحكمِ، أمَّا الكراهةُ فَلازِمةٌ لقوله ﷺ: «العائدُ في هِبَتِهِ كالعائدِ في قَيئِهِ»[2]، وهذا لاستقباحِهِ.

موانع الرجوع في الهبة

ثمَّ للرُّجوعِ موانعُ ذَكَرَ بعضَها فقال:

- (إلَّا أنْ يُعوِّضَهُ عنها)؛ لِحُصولِ المَقصودِ.

- (أو تَزِيدَ زِيادةً مُتَّصِلَةً)؛ لأنَّه لا وَجْهَ إلى الرُّجوعِ فيها دونَ الزِّيادةِ؛ لعدمِ الإمكانِ، ولا مع الزِّيادةِ؛ لعدمِ دُخولِها تحتَ العقدِ.

- قال: (أو يَمُوتَ أَحَدُ المُتعاقِدَينِ)؛ لأنَّ بِموتِ المَوهوبِ له يَنتقِلُ المِلكُ إلى الورثةِ، فصار كما إذا انتقَلَ في حال حياتِهِ، وإذا ماتَ الواهبُ فَوارِثُهُ أجنبيٌّ عن العقدِ؛ إذْ هو ما أوجَبَه.

- قال: (أو تَخرُجَ الهِبَةُ عن مِلْكِ المَوهُوبِ له)؛ لأنَّه حصَلَ بِتَسليطِهِ[3]،

---

(١) يعني: لا يَستبِدُّ الواهبُ بالرُّجوعِ في الهبةِ، ولا يَنفرِدُ به من غَيرِ قضاءٍ أو رضاً، إلَّا الوالد فإنَّ له ذلك إذا احتاج إليه لحاجته. وسُمِّي ذلك رُجوعاً باعتبار الظَّاهر وإنْ لم يكن رجوعاً في الحكم. عناية.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ الجماعةُ، وهو عند البخاري في الهبة وفضلها، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته (٢٤٧٨)، ومسلم في الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض (١٦٢٢) عن ابن عباس.

(٣) أي: لأنَّ خروجَ الهبةِ عن ملكِ الموهوبِ له حَصَل بِتَسليطِ الواهبِ، فلا يملك الواهبُ نقضَهُ؛ =

فإنْ وَهَبَ لآخَرَ أرضاً بَيْضاءَ، فَأَنبتَ في ناحيةٍ منها نَخلاً، أو بَنَى بيتاً، أو دُكَّاناً، أو أَرِيًّا، وكان ذلك زيادةً فيها، فليسَ له أنْ يَرجِعَ في شيءٍ منها، فإنْ باعَ نِصْفَها غَيْرَ مَقسُومٍ، رَجَعَ في الباقي، وإنْ لم يَبِعْ شيئاً منها، له أن يَرجِعَ في نِصْفِها. وإنْ وَهَبَ هِبةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، فلا رُجُوعَ فيها، ....

فلا يَنقُضُه، ولأنَّه يَتجدَّدُ المِلكُ بِتجدُّدِ سببِه[1].

قال: (فإنْ وَهَبَ لآخَرَ أرضاً بَيْضاءَ، فَأَنبتَ في ناحيةٍ منها نَخلاً، أو بَنَى بيتاً، أو دُكَّاناً[2]، أو أَرِيًّا[3]، وكان ذلك زيادةً فيها، فليسَ له أنْ يَرجِعَ في شيءٍ منها)؛ لأنَّ هذه زيادةٌ متَّصِلةٌ.

وقوله: «وكان ذلك زيادةً فيها» إشارةٌ إلى أنَّ الدُّكانَ قد يكونُ صغيراً حَقِيراً، لا يُعدُّ زيادةً أصلاً، وقد تكونُ الأرضُ عظيمةً يُعَدُّ ذلك زيادةً في قطعةٍ منها، فلا يَمتنِعُ الرُّجوعُ في غيرها.

قال: (فإنْ باعَ نِصْفَها غَيْرَ مَقسُومٍ[4]، رَجَعَ في الباقي)؛ لأنَّ الامتناعَ بِقَدْرِ المانعِ، (وإنْ لم يَبِعْ شيئاً منها، له أنْ يَرجِعَ في نِصْفِها)؛ لأنَّ له أن يَرجِعَ في كلِّها، فكذا في نِصْفِها بالطَّريقِ الأولى.

قال: (وإنْ وَهَبَ هِبةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، فلا رُجُوعَ فيها)؛ لقوله ﷺ: «إذا كانتِ الهِبةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لم يَرجِعْ فيها»[5]؛ ولأنَّ المَقصودَ فيها صِلةُ

= لأنَّ سعيَ الإنسانِ في نقضِ ما تمَّ من جهتِهِ مردود.

(١) أي: يمتنع الرجوعُ في الهبة إن خرجت الهبةُ عن ملك الموهوب له؛ لأنَّ الملك يتجدَّدُ بتجدُّدِ سببه - وهو التَّمليك - وتبدُّلُ الملكِ كتبدُّلِ العينِ.

(٢) «الدُّكَّان» مَصطبةٌ مرتفعةٌ. وفي عرف الناس «الدُّكَّان» هو الذي يسكنُهُ السُّوقيُّ. بناية.

(٣) هو العلفُ عند العامَّةِ، وهو مرادُ الفقهاء. بناية.

(٤) أي: إن باعَ الموهوبُ له نصفَ الأرضِ الموهوبةِ له، حالَ كونها غيرَ مقسومةٍ. بناية.

(٥) أخرجه بهذا اللَّفظ الحاكم في المستدرك، (٢/ ٦٠)(٢٣٢٤) عن سمرة رضي الله عنه، وقال: حديث صحيح على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

وكذلكَ ما وَهَبَ أحَدُ الزَّوجَينِ لِلآخَرِ. وإذا قال المَوهُوبُ له لِلواهِبِ: «خُذْ هذا عِوَضاً عَنْ هِبَتِكَ، أو بَدَلاً عنها، أو في مُقابَلَتِها» فَقَبَضَهُ الواهِبُ، سَقَطَ الرُّجوعُ. وإنْ عَوَّضَهُ أجنبيٌّ عنِ المَوهُوبِ له مُتبرِّعاً، فَقَبَضَ الواهبُ العِوَضَ، بَطَلَ الرُّجُوعُ. وإذا استُحِقَّ نِصفُ الهِبَةِ رَجَعَ بِنِصفِ العِوَضِ، وإنِ استُحِقَّ نِصفُ العِوَضِ لم يَرجِعْ في الهِبَةِ، إلَّا أنْ يَرُدَّ ما بَقِيَ، ثمَّ يَرجِعُ. ....

الرَّحِمِ، وقد حَصَلَ.

(وكذلكَ ما وَهَبَ أحَدُ الزَّوجَينِ لِلآخَرِ)؛ لأنَّ المَقصودَ فيها الصِّلةُ كما في القَرابة. وإنَّما يُنظَرُ إلى هذا المَقصودِ وقتَ العقدِ، حتَّى لو تزوَّجَها بعدما وهَبَ لها، فله الرُّجوعُ فيها، ولو أبانَها بعدما وَهَبَ فلا رُجوعَ[1].

قال: (وإذا قال المَوهُوبُ له لِلواهِبِ: «خُذْ هذا عِوَضاً عَنْ هِبَتِكَ، أو بَدَلاً عنها، أو في مُقابَلَتِها» فَقَبَضَهُ الواهِبُ، سَقَطَ الرُّجوعُ)؛ لِحُصولِ المَقصودِ، وهذه العباراتُ تُؤدِّي معنىً واحداً.

(وإنْ عَوَّضَهُ أجنبيٌّ عنِ المَوهُوبِ له مُتبرِّعاً، فَقَبَضَ الواهبُ العِوَضَ، بَطَلَ الرُّجُوعُ)؛ لأنَّ العِوَضَ لإسقاطِ الحَقِّ، فَيَصحُّ من الأجنبيِّ، كبَدَلِ الخُلعِ والصُّلحِ.

قال: (وإذا استُحِقَّ نِصفُ الهِبَةِ رَجَعَ بِنِصفِ العِوَضِ)؛ لأنَّه لم يَسلَمْ له ما يُقابِلُ نِصفَهُ، (وإنِ استُحِقَّ نِصفُ العِوَضِ لم يَرجِعْ في الهِبَةِ، إلَّا أنْ يَرُدَّ ما بَقِيَ، ثمَّ يَرجِعُ)، وقال زفر: يَرجِعُ بالنِّصفِ اعتباراً بالعِوَضِ الآخَرِ.

ولنا: أنَّه[2] يَصلُحُ عِوَضاً للكلِّ من الابتداءِ[3]، وبالاستحقاقِ ظَهَرَ أنَّه

---

(١) لأنَّها وقتَ الهبةِ كانت زوجتَهُ.

(٢) أي: الباقي.

(٣) أي: وما يصلحُ أن يكون عِوَضاً عن الكلِّ من الابتداءِ، يَصلحُ أن يكونَ عوضاً عنه في البقاء. بناية.

وإنْ وَهَبَ داراً فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِها رَجَعَ الواهبُ في النِّصفِ الذي لم يُعوَّض، ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ إلَّا بتَراضِيهما، أو بِحُكمِ الحاكِمِ.

لا عِوَضَ إلَّا هو[1]، إلَّا أنَّه يَتخيَّرُ[2]؛ لأنَّه ما أسقَطَ حقَّهُ في الرُّجوعِ إلَّا لِيَسلَمَ له كلَّ العِوَضِ، ولم يَسْلَمْ، فلَهُ أنْ يَرُدَّه.

قال: (وإنْ وَهَبَ داراً فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِها رَجَعَ الواهبُ في النِّصفِ الذي لم يُعوَّض)؛ لأنَّ المانع خَصَّ النِّصفَ.

قال: (ولا يَصِحُّ الرُّجوعُ إلَّا بتَراضِيهما، أو بِحُكمِ الحاكِمِ)؛ لأنَّه[3] مُختَلَفٌ بين العلماءِ، وفي أصلِهِ وَهاءٌ[4]، وفي حُصولِ المَقصودِ وعَدَمِهِ خَفاءٌ، فلا بدَّ من الفَصلِ بالرِّضا أو بالقضاءِ، حتَّى لو كانتِ الهبةُ عبداً، فأعتَقَهُ قبلَ القضاءِ نفَذَ، ولو منَعَهُ فهَلَكَ لم يَضْمَنْ؛ لقيام مِلكِهِ فيه، وكذا إذا هَلَكَ في يدِهِ بعدَ القضاءِ؛ لأنَّ أوَّلَ القبضِ غيرُ مضمونٍ، وهذا دوامٌ عليه، إلَّا أنْ يَمنَعَه بعدَ طَلَبِهِ؛ لأنَّه تعدَّى، وإذا رجَعَ بالقضاءِ أو بالتَّراضي يكونُ فسخاً من الأصلِ، حتَّى لا يُشتَرَطُ قَبضُ الواهبِ، ويصحُّ في الشَّائعِ؛ لأنَّ العقدَ وَقَعَ جائزاً مُوجِباً حقَّ الفسخِ مِنَ الأصلِ، فكان بالفَسخِ مُستوفياً حقَّاً ثابتاً له، فَيَظهرُ على الإطلاق.

بخلاف الرَّدِّ بالعيبِ بعدَ القبضِ؛ لأنَّ الحقَ هناك في وَصفِ السَّلامةِ، لا في الفسخ، فافترقا.

---

(١) أي: الباقي.

(٢) أي: إلَّا أنَّ الواهبَ يَتخيَّرُ بين أن يَرُدَّ ما بقي من العِوَضِ ويَرجِعَ في الهبةِ، وبينَ أن يُمسِكَهُ ولا يَرجِعُ بشيءٍ. عناية.

(٣) أي: الرُّجوعُ في الهبة.

(٤) أي: وفي أصل الرُّجوعِ ضَعفٌ؛ لأنَّه ثبت بخلاف القياس؛ لكونِهِ تصرُّفاً في ملكِ الغيرِ، ولهذا يبطلُ بالزِّيادةِ المُتَّصلةِ وبِغَيرِها من الموانع. عناية.

وإذا تَلِفَتِ العينُ المَوهوبةُ، واستَحَقَّها مُستَحِقٌّ، وضَمَّنَ الموهوبَ له، لم يَرجِعْ على الواهِبِ بشيءٍ. وإذا وَهَبَ بِشَرطِ العِوَضِ، اعتُبِرَ التَّقابُضُ في المجلسِ في العِوَضَينِ، وتَبطُلُ بالشُّيوعِ. فإنْ تقابَضا صَحَّ العَقْدُ وصارَ في حُكمِ البيعِ يُرَدُّ بالعَيبِ وخيارِ الرُّؤيةِ، وتُستَحَقُّ فيه الشُّفعَةُ.

قال: (وإذا تَلِفَتِ العينُ المَوهوبةُ، واستَحَقَّها مُستَحِقٌّ، وضَمَّنَ الموهوبَ له، لم يَرجِعْ على الواهِبِ بشيءٍ)؛ لأنَّه عقدُ تبرُّعٍ، فلا يَستحِقُّ فيه السَّلامةَ، وهو غيرُ عاملٍ له[١].

والغُرورُ في ضِمْنِ عَقدِ المُعاوَضةِ سببٌ للرُّجوعِ، لا في ضِمْنِ غيره[٢].

قال: (وإذا وَهَبَ بِشَرطِ العِوَضِ، اعتُبِرَ التَّقابُضُ في المجلسِ في العِوَضَينِ، وتَبطُلُ بالشُّيوعِ)؛ لأنَّه هبةٌ ابتداءً (فإنْ تَقابَضا صَحَّ العَقدُ وصارَ في حُكمِ البيعِ يُرَدُّ بالعَيبِ وخيارِ الرُّؤيةِ، وتُستَحَقُّ فيه الشُّفعَةُ)؛ لأنَّه بيعٌ انتهاءً.

وقال زفر والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: هو بيعٌ ابتداءً وانتهاءً[٣]؛ لأنَّ فيه معنى البيعِ، وهو التَّمليكُ بِعِوَضٍ، والعِبرةُ في العُقودِ لِلمعاني، ولهذا كان بيعُ العبدِ من نَفسِهِ إعتاقاً.

---

(١) أي: والموهوبُ له غيرُ عاملٍ للواهب.

(٢) هذا جوابُ سؤال مقدَّرٍ تقريره: لقد غرَّه بإيجابه المِلكَ له في المَحلِّ، وإخبارِهِ بأنَّه مِلكُه، والغرورُ يُوجِبُ الضَّمانَ، كالبائع إذا غَرَّ المشتري. عناية.

(٣) قال النووي في الروضة (٤/ ٤٤٧): وهو - أي: العوض الذي أعطيت الهبةُ بشرطه - إمَّا معلوم، وإمَّا مجهول.

فالحالة الأولى: المعلوم، فيصحُّ العقدُ على الأظهر، ويبطُلُ على قول، فإن صحَّحنا، فهو بيعٌ على الصَّحيح. وقيل: هبة. فإن قلنا: هبة، لم يثبت الخيار والشفعة، ولم يلزم قبل القبض. وإن قلنا: بيع، ثبتت هذه الأحكام.

الحالة الثانية: إذا كان الثَّواب مجهولا، فإن قلنا: الهبةُ لا تقتضي ثواباً، بطل العقد، لتعذُّرِ تصحيحِهِ بيعاً وهبةً، وإن قلنا: تقتضيه، صحَّ، وهو تصريح بمقتضى العقدِ، هذا هو المذهبُ، وبه قطع الجمهور. اهـ مختصراً.

فصل

وَمَنْ وَهَبَ جاريةً إلَّا حَمْلَها، صَحَّتِ الهِبةُ وبَطَلَ الاستثناءُ، ....

ولنا: أنَّه اشتمَلَ على جهتين[1]، فَيُجمَعُ بينهما ما أمكَنَ عملاً بالشَّبَهين، وقد أمكن؛ لأنَّ الهبةَ مِنْ حُكمِها تأخُّرُ المِلكِ إلى القَبضِ، وقد يَتراخَى عن البيعِ الفاسدِ، والبيعُ من حُكمِهِ اللُّزومُ، وقد تَنقلِبُ الهبةُ لازِمةً بالتَّعويضِ، فجمعنا بينهما.

بخلاف بَيعِ نفسِ العبدِ مِنْ نفسِهِ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ اعتبارُ البيعِ فيه، إذ هو لا يَصلُحُ مالكاً لنفسه.

(فصل)

قال: (وَمَنْ وَهَبَ جاريةً إلَّا حَمْلَها، صَحَّتِ الهِبةُ وبَطَلَ الاستثناءُ)؛ لأنَّ الاستثناءَ لا يَعمَلُ إلَّا في محلٍّ يعملُ فيه العَقدُ، والهبةُ لا تَعمَلُ في الحَملِ لكونِهِ وَصْفاً على ما بيَّنَّاه في البيوع، فانقَلَبَ شَرْطاً فاسداً[2]، والهبةُ لا تَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ.

وهذا هو الحكمُ[3] في النِّكاحِ والخُلعِ والصُّلحِ عن دم العَمدِ[4]؛ لأنَّها لا تَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ، بخلافِ البيعِ والإجارةِ والرَّهنِ؛ لأنَّها تَبطُلُ بها[5].

---

(١) هما: جهةُ الهبةِ لَفظاً، وجِهةُ البيعِ مَعنىً.

(٢) يعني: إذا لم يكن الاستثناءُ عاملاً، انقلب شرطاً فاسداً؛ لأنَّ اسمَ الجاريةِ يتناولُ الحَملَ تَبعاً لكونِهِ جُزءاً منها، فلمَّا استثنى الحملَ كان الاستثناءُ مخالفاً لِمُقتَضَى العَقدِ، وهو معنى الشَّرطِ الفاسدِ. عناية.

(٣) أي: صحَّةُ العقدِ وبطلانُ الاستثناء هو الحُكمُ.

(٤) بأن قال: «تزوَّجتُكِ على هذه الجاريةِ إلا حملَها» بَطَلَ الاستثناءُ، حتى تصير الجاريةُ مع الحمل مهراً. وكذا في الخلع والصُّلح، يبطل الاستثناءُ وتبقى الجارية بدَلَ كلٍّ من الخلع والصُّلح.

(٥) فإن اشترى جاريةً، أو أجَّرها، أو رَهَنَها إلَّا حملَها، لم يصحَّ؛ لأنَّ هذه العقودَ تَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدة.

ولو أعتَقَ ما في بَطنِها، ثُمَّ وَهَبَها، جازَ. ولو دَبَّرَ ما في بَطنِها، ثمَّ وَهَبَها، لم يَجُزْ. فإنْ وَهَبَها لَهُ على أنْ يَرُدَّها عليه، أو على أنْ يُعتِقَها، أو أنْ يَتَّخِذَها أمَّ وَلَدٍ، أو وَهَبَ له داراً، أو تَصدَّقَ عليه بدارٍ على أنْ يَرُدَّ عليه شَيئاً منها، أو يُعوِّضَهُ شيئاً منها، فالهبةُ جائزةٌ والشَّرطُ باطلٌ. ....

(ولو أعتَقَ ما في بَطنِها، ثُمَّ وَهَبَها، جازَ)؛ لأنَّه لم يَبْقَ الجنينُ على مِلكِهِ، فأشبَهَ الاستثناءَ.

(ولو دَبَّرَ ما في بَطنِها، ثمَّ وَهَبَها، لم يَجُزْ)؛ لأنَّ الحَملَ بَقِيَ على مِلكِهِ، فلم يكنْ شَبِيهَ الاستثناءِ، ولا يُمكِنُ تَنفيذُ الهبةِ فيه؛ لِمَكانِ التَّدبيرِ، فبقي هِبةَ المُشاعِ، أو هِبةَ شيءٍ هو مَشغولٌ بِمِلكِ المالك.

قال: (فإنْ وَهَبَها لَهُ على أنْ يَرُدَّها عليه، أو على أنْ يُعتِقَها، أو أنْ يَتَّخِذَها أمَّ وَلَدٍ، أو وَهَبَ له داراً، أو تَصدَّقَ عليه بدارٍ على أنْ يَرُدَّ عليه شَيئاً منها، أو يُعوِّضَهُ شيئاً منها، فالهبةُ جائزةٌ والشَّرطُ باطلٌ)؛ لأنَّ هذه الشُّروطَ تُخالِفُ مُقتَضَى العقدِ، فكانت فاسدةً، والهبةُ لا تَبطُلُ بها، ألا ترى أنَّ النَّبيَّ ﷺ «أجازَ العُمْرَى وأبطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ»[1].

بخلافِ البيعِ[2]؛ لأنَّه ﷺ «نهى عن بيعٍ وشَرطٍ»[3]؛ ولأنَّ الشَّرطَ الفاسدَ

---

(١) أخرج البخاري في الهبة وفضلها، باب: ما قيل في العمرى والرقبى (٢٤٨٢) عن جابر رضي الله عنه قال: «قضى النَّبيُّ ﷺ بالعُمْرى أنَّها لِمَن وُهِبَت له». ومسلم في الهبات، باب: العمرى (١٦٢٥) عنه قال: أعمَرَتِ امرأةٌ بالمدينة حائطاً لها ابناً لها، ثمَّ تُوفِّي وتُوفِّيت بعدَهُ، وتَرَكَت ولداً له، وله إخوةٌ بَنُونَ لِلمُعْمِرَة، فقال وَلَدُ المُعْمِرَة: رَجَعَ الحائطُ إلينا، وقال بنو المُعْمَر: بل كان لأبينا حياتَهُ ومَوتَهُ، فاختَصَمُوا إلى طارِقٍ مولى عثمانَ، فدعا جابِراً فَشَهِدَ على رسول الله ﷺ بالعُمرى لصاحِبِها، فقَضَى بذلك طارقٌ، ثمَّ كتَبَ إلى عبدالملك فأخبَرَه بذلك، وأخبره بشهادةِ جابر، فقال عبدُالمَلِك: صَدَقَ جابرٌ، فأمضى ذلك طارقٌ، فإنَّ ذلك الحائطَ لبني المُعْمَر حتَّى اليوم.

(٢) فإنَّه يبطل بالشُّروط الفاسدة.

(٣) تقدم ص (٨٩) ت (٤).

ومَنْ له على آخَرَ ألفُ درهمٍ فقال: «إذا جاءَ غَدٌ فهي لكَ» أو «أنتَ منها بَرِيءٌ»، أو قال: «إذا أدَّيتَ إليَّ النِّصفَ فَلَكَ النِّصفُ» أو «أنتَ بريءٌ من النِّصفِ الباقي» فهو باطلٌ. والعُمْرَى جائزةٌ لِلمُعْمَرِ له حالَ حَياتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعدِهِ.

في معنى الرِّبا، وهو يعمَلُ في المُعاوَضاتِ دونَ التَّبرُّعاتِ.

قال: (ومَنْ له على آخَرَ ألفُ درهمٍ فقال: «إذا جاءَ غَدٌ فهي لكَ» أو «أنتَ منها بَرِيءٌ»، أو قال: «إذا أدَّيتَ إليَّ النِّصفَ فَلَكَ النِّصفُ» أو «أنتَ بريءٌ من النِّصفِ الباقي» فهو باطلٌ)؛ لأنَّ الإبراءَ تمليكٌ من وَجهٍ، إسقاطٌ من وَجهٍ، وهِبةُ الدَّينِ مِمَّنْ عليه إبراءٌ، وهذا[1]؛ لأنَّ الدَّينَ مالٌ من وَجهٍ، ومن هذا الوجهِ كان[2] تمليكاً، ووَصْفٌ من وَجهٍ[3]، ومن هذا الوجهِ كان إسقاطاً، ولهذا قلنا: إنَّه[4] يرتدُّ بالرَّدِّ، ولا يَتوقَّفُ على القَبولِ.

والتَّعليقُ بالشُّروطِ يَختَصُّ بالإسقاطاتِ المَحضةِ التي يُحلَفُ بها، كالطَّلاقِ والعِتاقِ، فلا يَتعدَّاها[5].

قال: (والعُمْرَى جائزةٌ لِلمُعْمَرِ له حالَ حَياتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعدِهِ)؛ لما روينا[6]. ومعناه: أن يَجعَلَ دارَهُ له مدَّةَ عُمُرِهِ، وإذا ماتَ تُرَدُّ عليه، فيصحُّ التَّمليكُ ويَبطُلُ الشَّرط؛ لِما روينا، وقد بيَّنَّا أنَّ الهبةَ لا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسدة.

---

(١) توضيحٌ لكونِ الإبراءِ تمليكاً من وَجهٍ، إسقاطاً من وجهٍ. بناية.

(٢) أي: الإبراءُ.

(٣) يعني: إنَّه ليس بمالٍ، حتَّى لا يَحنثُ لو حلَفَ أن لا مالَ له، وله ديونٌ على النَّاس. بناية.

(٤) أي: الإبراء.

(٥) هذا إشارةٌ إلى أنَّ من الإسقاطاتِ المَحضةِ ما لا يُحلَفُ بها - أي: لا يَقبَلُ التَّعليقَ بالشَّرطِ - كالحَجْر على المأذونِ وعَزْلِ الوكيلِ، والإبراءُ عن الدَّينِ منها. ومنها ما يُحلَفُ بها كالطَّلاقِ والعِتاقِ وغيرهما. عناية.

(٦) انظر ص (٦٢٨) ت (١) عند قوله: قضى النَّبيُّ ﷺ بالعُمْرى أنَّها لِمَن وُهِبَت له».

والرُّقْبَى باطِلَةٌ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: جائزةٌ.

فصل في الصدقة

والصَّدقَةُ كالهِبَةِ لا تَصِحُّ إلَّا بالقَبضِ فلا تَجوزُ في مُشاعٍ يَحتَمِلُ القِسمَةَ، ولا رُجُوعَ في الصَّدَقَةِ. ومَنْ نَذَرَ أنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ، يَتَصَدَّقُ بِجِنسِ ما يَجِبُ فيه الزَّكاةُ، ومَنْ نَذَرَ أنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلكِهِ لَزِمَهُ أنْ يَتَصَدَّقَ بالجَمِيعِ، ....

(والرُّقْبَى باطِلَةٌ عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ. وقال أبو يوسف: جائزةٌ)؛ لأنَّ قوله: «داري لك» تَمليكٌ، وقولَهُ: «رُقْبَى» شَرْطٌ فاسدٌ كالعُمْرَى.

ولهما: أنَّه ﷺ «أجازَ العُمرَى ورَدَّ الرُّقْبَى»[1]، ولأنَّ معنى الرُّقبى عندهما: إنْ مُتُّ قبلَكَ فهو لك، واللَّفظُ من المُراقبةِ، كأنَّه يُراقِبُ مَوتَهُ، وهذا تعليقُ التَّمليكِ بالخَطَرِ، فبَطَلَ.

وإذا لم تصحَّ تكونُ عارِيَّةً عندهما؛ لأنَّه يتضمَّنُ إطلاقَ الانتفاعِ به.

(فصل في الصدقة)

قال: (والصَّدقَةُ كالهِبَةِ لا تَصِحُّ إلَّا بالقَبضِ)؛ لأنَّه تبرُّعٌ كالهبة، (فلا تَجوزُ في مُشاعٍ يَحتَمِلُ القِسمَةَ)؛ لِما بيَّنَّا في الهبة.

(ولا رُجُوعَ في الصَّدَقَةِ)؛ لأنَّ المقصودَ هو الثَّوابُ، وقد حصَلَ. وكذا إذا تصَدَّقَ على غنيٍّ استحساناً؛ لأنَّه قد يُقصَدُ بالصَّدقةِ على الغنيِّ الثَّوابُ. وكذا إذا وَهَبَ لِفَقيرٍ؛ لأنَّ المقصودَ الثَّوابُ، وقد حصَلَ.

(ومَنْ نَذَرَ أنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ، يَتَصَدَّقُ بِجِنسِ ما يَجِبُ فيه الزَّكاةُ، ومَنْ نَذَرَ أنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلكِهِ لَزِمَهُ أنْ يَتَصَدَّقَ بالجَمِيعِ)، ويُروَى أنَّه والأوَّلُ سواءٌ، وقد ذكرنا الفرقَ ووَجْهَ الرِّوايتينِ في مسائل القضاء.

---

(١) قال الزيلعي (٤/١٢٨): غريب.

ويُقَالُ له: «أمسِكْ ما تُنفِقُهُ على نَفسِكَ وعِيالِكَ إلى أنْ تكتَسِبَ»، فإذا اكتَسَبَ مالاً يَتَصَدَّقُ بِمِثلِ ما أنفَقَ.

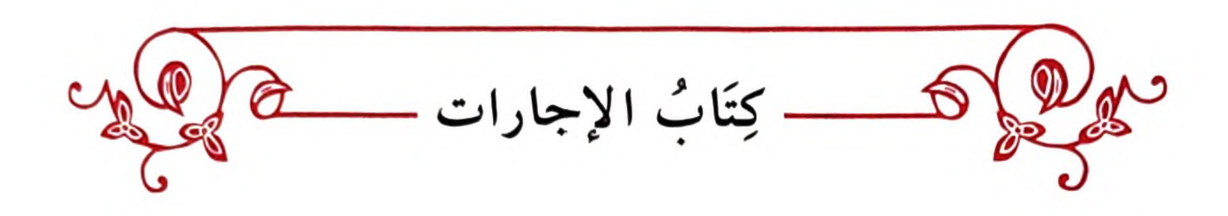
(ويُقَالُ له: «أمسِكْ ما تُنفِقُهُ على نَفسِكَ وعِيالِكَ إلى أنْ تكتَسِبَ»، فإذا اكتَسَبَ مالاً يَتَصَدَّقُ بِمِثلِ ما أنفَقَ)، وقد ذكرناه من قَبلُ[1].



---

(١) أي: في باب: القضاء بالمواريث، انظر ص (٢٨٦-٢٨٧).

كتاب الإجارات



الإجارةُ: عَقْدٌ على المَنافِعِ بِعِوَضٍ، ....

(كتاب الإجارات)

(الإجارةُ: عَقْدٌ على المَنافِعِ بِعِوَضٍ)؛ لأنَّ الإجارةَ في اللُّغةِ بَيعُ المَنافِعِ، والقِياسُ يأبى جَوازَهُ؛ لأنَّ المَعقودَ عليه المَنفعَةُ وهي مَعدومةٌ، وإضافةُ التَّمليكِ إلى ما سَيُوجَدُ لا يَصحُّ، إلَّا أنَّا جَوَّزناهُ لحاجةِ النَّاس إليه، وقد شَهِدَتْ بِصِحَّتِها الآثارُ، وهو قولُه ﷺ: «أعطُوا الأجيرَ أجرَهُ قبلَ أنْ يَجِفَّ عرَقُهُ»[1]، وقولُه ﷺ: «مَنِ استأجَرَ أجيراً فَليُعلِمْه أجرَهُ»[2].

وتَنعقِدُ ساعةً فساعةً على حَسَبِ حُدُوثِ المَنفعةِ، والدَّارُ أقيمتْ مُقامَ المَنفعةِ في حقِّ إضافةِ العَقدِ إليها، لِيَرتبِطَ الإيجابُ بالقَبولِ، ثمَّ عملُهُ[3] يَظهَرُ في حقِّ المَنفعةِ تَمَلُّكاً واستحقاقاً حالَ وُجودِ المَنفعةِ.

---

(١) الحديث أخرجه الطبراني في الصغير (١/ ٤٣) (٣٤) من حديث جابر، وابن ماجه في الرهون، باب: أجر الجراء (٢٤٤٣) عن ابن عمر، وأبو يعلى (١٢/ ٣٤) (٦٦٨٢) عن أبي هريرة.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ١٣١):
رواه بهذا اللفظ الإمام محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة عن النبي ﷺ.
ورواه عبد الرزَّاق في البيوع، باب: الرجل يقول بع هذا بكذا فما زاد فلك وكيف إن باعه بدين (١٥٠٢٣) عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري أو أحدهما أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَن استأجَرَ أجيراً فليُسمِّ له أجرتَه». اهـ.

(٣) أي: عملُ العقدِ، وهو أثره. بناية.

ولا تَصِحُّ حتَّى تكونَ المَنافِعُ مَعلُومَةً، والأُجرَةُ مَعلُومَةً. وما جازَ أنْ يكونَ ثَمَناً في البيعِ، جازَ أن يكونَ أُجرةً في الإجارةِ. والمَنافعُ تارةً تَصيرُ مَعلومَةً بِالمُدَّةِ كاستئجارِ الدُّورِ لِلسُّكنَى والأرَضِينَ لِلزِّراعةِ، فَيَصِحُّ العَقدُ على مُدَّةٍ مَعلُومَةٍ، أيَّ مُدَّةٍ كانت، ....

(ولا تَصِحُّ حتَّى تكونَ المَنافِعُ مَعلُومَةً، والأُجرَةُ مَعلُومَةً) لِما روينا[1]، ولأنَّ الجَهالةَ في المَعقودِ عليه وفي بَدَلِهِ تُفضي إلى المُنازعةِ، كجَهالةِ الثَّمنِ والمُثمَنِ في البيع.

(وما جازَ أنْ يكونَ ثَمَناً في البيعِ، جازَ أن يكونَ أُجرةً في الإجارةِ)؛ لأنَّ الأجرةَ ثمنُ المَنفعةِ، فَتُعتَبَرُ بِثَمنِ المَبيعِ، وما لا يَصلُحُ ثَمَناً يَصلُحُ أجرةً أيضاً كالأعيان.

فهذا اللَّفظُ[2] لا ينفي صَلاحيَّةَ غيرِهِ[3]؛ لأنَّه عِوَضٌ مالي.

(والمَنافعُ تارةً تَصيرُ مَعلومَةً بِالمُدَّةِ كاستئجارِ الدُّورِ لِلسُّكنَى والأرَضِينَ لِلزِّراعةِ، فَيَصِحُّ العَقدُ على مُدَّةٍ مَعلُومَةٍ، أيَّ مُدَّةٍ كانت)؛ لأنَّ المُدَّةَ إذا كانت مَعلومةً كان قَدْرُ المَنفعةِ فيها مَعلُوماً إذا كانتِ المَنفعَةُ لا تَتفاوتُ.

وقوله: «أيَّ مدَّةٍ كانت» إشارةٌ إلى أنَّه يَجوزُ طالَتِ المُدَّةُ أو قَصُرتْ؛ لكونها مَعلومةً، ولِتَحقُّقِ الحاجةِ إليها عسى[4]، إلَّا أنَّ في الأوقافِ لا تَجوزُ الإجارةُ الطَّويلةُ، كي لا يَدَّعي المُستأجِرُ مِلكَها، وهي ما زادَ على ثلاثِ سنين، هو المختار.

---

(١) أي: من قوله ﷺ: «من استأجر أجيراً فَليُعلِمه أجره» فإنَّه كما يدلُّ بعبارته على كونِ معلوميَّةِ الأجرةِ شرطاً، يدلُّ بدلالته على اشتراطِ معلوميَّةِ المنافع، لأنَّ المعقودَ عليه في الإجارةِ هو المنافع، وهو الأصل، والمعقودُ به - وهو الأجرة - كالتَّبَع كالثَّمن في البيع، فإذا كانت معلوميَّةُ التَّبعِ شرطاً، كانت معلوميَّةُ الأصلِ أولى بذلك. عناية.

(٢) أشار به إلى قوله: «ما جاز أن يكون ثمناً ...».

(٣) أي: غير الثَّمن.

(٤) أي: إلى المدَّةِ الطَّويلة، و«عسى» ههنا وقعت مجرَّدةً عن الاسم والخبر، والتقدير: عسى الاحتياجُ إلى المدَّةِ الطَّويلةِ يتحقَّقُ. وأهلُ العربية يأتون بمثل ذلك. بناية.

وتارَةً تَصيرُ مَعلُومةً بِنَفسِهِ، كَمَنِ استأجَرَ رجلاً على صَبْغِ ثَوبِهِ، أو خِياطَتِهِ، أو استأجَرَ دابَّةً لِيَحمِلَ عليها مِقداراً مَعلوماً، أو يَركَبَها مسافةً سَمَّاها، وتارةً تَصِيرُ المَنفعَةُ مَعلُومةً بالتَّعيينِ والإشارةِ، كمَنِ استأجَرَ رجلاً لِيَنقُلَ له هذا الطَّعامَ إلى مَوضِعٍ مَعلُومٍ.

قال: (وتارَةً تَصيرُ مَعلُومةً بِنفسِهِ[1]، كَمَنِ استأجَرَ رجلاً على صَبْغِ ثَوبِهِ، أو خِياطَتِهِ، أو استأجَرَ دابَّةً لِيَحمِلَ عليها مِقداراً مَعلوماً، أو يَركَبَها مسافةً سَمَّاها)؛ لأنَّه إذا بيَّنَ الثَّوبَ، ولونَ الصَّبغِ وقَدْرَهُ، وجِنسَ الخياطةِ، والقَدْرَ المَحمولَ وجِنسَهُ والمَسافةَ، صارت المنفعةُ مَعلومةً، فيصحُّ العقدُ.

وربَّما يقال: الإجارةُ قد تكونُ عَقداً على العَملِ، كاستئجارِ القَصَّارِ والخَيَّاطِ، ولا بدَّ أن يكونَ العَمَلُ مَعلُوماً، وذلك في الأجيرِ المُشتَرَكِ، وقد تكونُ عَقداً على المَنفعةِ، كما في أجيرِ الواحدِ، ولا بدَّ من بيانِ الوَقتِ.

قال: (وتارةً تَصِيرُ المَنفعَةُ مَعلُومةً بالتَّعيينِ والإشارةِ، كمَنِ استأجَرَ رجلاً لِيَنقُلَ له هذا الطَّعامَ إلى مَوضِع مَعلُوم)؛ لأنَّه إذا أراه ما يَنقلُهُ، والمَوضِعَ الذي يَحمِلُ إليه، كانت المنفعةُ مَعلُومةً، فَيَصِحُّ العقدُ.

---

(١) أي: بنفسِ العَقدِ.

باب الأجرِ متى يُستَحَقُّ

الأُجرَةُ لا تَجِبُ بالعَقدِ، وتُستَحَقُّ بِأحَدِ مَعانٍ ثَلاثةٍ: إمَّا بِشَرطِ التَّعجيلِ، أو بِالتَّعجِيلِ مِنْ غَيرِ شَرطٍ، أو باستيفاءِ المَعقُودِ عليه. وإذا قَبَضَ المُستأجِرُ الدَّارَ فَعَلَيهِ الأجرُ وإنْ لَمْ يَسْكُنْها، فإنْ غَصَبَها غاصِبٌ مِنْ يَدِهِ سَقَطَتِ الأُجرَةُ، ......

(باب الأجر متى يُستَحَقُّ)

قال: (الأُجرَةُ لا تَجِبُ بالعَقدِ، وتُستَحَقُّ بِأحَدِ مَعانٍ ثَلاثةٍ: إمَّا بِشَرطِ التَّعجيلِ، أو بِالتَّعجِيلِ مِنْ غَيرِ شَرطٍ، أو باستيفاءِ المَعقُودِ عليه).

وقال الشَّافعيُّ[1]: تُملَكُ بِنَفسِ العَقدِ؛ لأنَّ المنافعَ المَعدومةَ صارت مَوجودَةً حُكماً، ضَرورةَ تَصحيحِ العقدِ، فَيَثبُتُ الحُكمُ فيما يُقابِلُهُ من البدل.

ولنا: أنَّ العقدَ يَنعقِدُ شيئاً فشيئاً على حَسَبِ حُدوثِ المنافعِ على ما بيَّنَّا، والعقدُ مُعاوَضَةٌ، ومِنْ قَضيَّتِها المُساواةُ، فَمِنْ ضَرورةِ التَّراخي في جانبِ المَنفعةِ التَّراخي في البدَلِ الآخَرِ، وإذا استوفى المَنفعَةَ يَثبُتُ المِلكُ في الأجرِ لِتَحقُّقِ التَّسويةِ.

وكذا إذا شَرَطَ التَّعجيلَ أو عَجَّلَ [من غيرِ شرط][2]؛ لأنَّ المُساواةَ تَثبُتُ حقّاً له، وقد أبطَلَه.

(وإذا قَبَضَ المُستأجِرُ الدَّارَ فَعَلَيهِ الأجرُ وإنْ لَمْ يَسْكُنْها)؛ لأنَّ تَسليمَ عَينِ المَنفعةِ لا يُتصوَّرُ، فأقمنا تَسليمَ المَحلِّ مَقامَهُ؛ إذِ التَّمكُّنُ من الانتفاعِ يَثبُتُ به.

قال: (فإنْ غَصَبَها غاصِبٌ مِنْ يَدِهِ سَقَطَتِ الأُجرَةُ)؛ لأنَّ تَسليمَ المَحلِّ إنَّما أُقيم مُقامَ تَسليمِ المَنفعةِ لِلتَّمكُّنِ من الانتفاعِ، فإذا فاتَ التَّمكُّنُ فاتَ التَّسليمُ، وانفسَخَ العقدُ، فسَقَطَ الأجرُ.

---

(١) قال الرافعي في الشرح الكبير (٥/٥١٦) دار الفكر: والأجرةُ عندنا تُملك بنفسِ العقد معجَّلةً إن أطلقا أو شرطا التَّعجيل، ومؤجَّلةً إن شرطا التَّأجيل. اهـ وانظر الروضة (٤/٢٤٨) الكتب العلمية.

(٢) ما بين قوسين ساقط من (ج) و (أ).

وإنْ وُجِدَ الغَصبُ في بَعضِ المُدَّةِ، سَقَطَ الأجرُ بِقَدْرِهِ. ومَنِ استأجَرَ داراً، فَلِلمُؤجِّرِ أنْ يُطالِبَهَ بِأُجرةِ كلِّ يومٍ، إلَّا أنْ يُبيِّنَ وَقْتَ الاستحقاقِ بالعَقدِ، وكذلك إجارةُ الأراضي. ومَنِ استأجَرَ بَعيراً إلى مَكَّةَ، فَلِلجَمَّالِ أنْ يُطالِبَهُ بِأُجرةِ كُلِّ مَرحلَةٍ. وليس لِلقَصَّارِ والخيَّاطِ أنْ يُطالِبَ بِأجرِهِ حتَّى يَفرُغَ مِنَ العَملِ، ....

(وإنْ وُجِدَ الغَصبُ في بَعضِ المُدَّةِ، سَقَطَ الأجرُ بِقَدْرِهِ)؛ إذِ الانفساخُ في بَعضِها.

قال: (ومَنِ استأجَرَ داراً، فَلِلمُؤجِّرِ أنْ يُطالِبَهَ بِأُجرةِ كلِّ يومٍ)؛ لأنَّه استوفى مَنفعَةً مَقصودةً، (إلَّا أنْ يُبيِّنَ وَقْتَ الاستحقاقِ بالعَقدِ)؛ لأنَّه بمنزلَةِ التَّأجيلِ، (وكذلك إجارةُ الأراضي[1])؛ لِما بيَّنَّا.

(ومَنِ استأجَرَ بَعيراً إلى مَكَّةَ، فَلِلجَمَّالِ أنْ يُطالِبَهُ بِأُجرةِ كُلِّ مَرحلَةٍ)؛ لأنَّ سَيْرَ كلِّ مَرحلَةٍ مَقصودٌ. وكان أبو حنيفة يقولُ أوَّلاً: لا يَجِبُ الأجرُ إلَّا بعدَ انقضاءِ المُدَّةِ وانتهاءِ السَّفَرِ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّ المَعقودَ عليه جُملَةُ المنافعِ في المُدَّةِ، فلا يَتوزَّعُ الأجرُ على أجزائها، كما إذا كان المعقودُ عليه العَمَلَ.

ووَجهُ القَولِ المَرجوعِ إليه: أنَّ القياسَ يقتضي استحقاقَ الأجرِ ساعةً فَساعةً؛ لِتَحقُّقِ المُساواةِ[2]، إلَّا أنَّ المُطالبَةَ في كلِّ ساعةٍ تُفضي إلى أن لا يَتفرَّغَ لغيرِهِ فَيَتضرَّرَ به، فقَدَّرنا بما ذكرنا[3].

قال: (وليس لِلقَصَّارِ والخيَّاطِ أنْ يُطالِبَ بِأجرِهِ حتَّى يَفرُغَ مِنَ العَملِ)؛ لأنَّ العملَ في البعضِ غيرُ مُنتفَعٍ به، فلا يَستوجِبُ به الأجرَ، وكذا إذا عَمِلَ في بيتِ المُستأجِرِ لا يَستوجِبُ الأجرَ قبلَ الفراغِ؛ لِما بيَّنَّا[4].

---

(١) يعني: إذا أجَّرَ الأرضَ، له أن يُطالبَهُ بأجرة كلِّ يومٍ لأنَّه استوفى منفعةً مقصودةً، إلَّا إذا بيَّنَ وقتَ الاستحقاقِ فلا يُطالبُهُ إلا في ذلك الوقتِ؛ لأنَّه بمنزلةِ التأجيل.

(٢) أي: بين البدلين. بناية.

(٣) من اليوم في الدَّارِ، والمرحلةِ في البعير استحساناً. بناية.

(٤) نقل صاحب تكملة فتح القدير عن صاحب النِّهاية قوله: هذا وَقَع مخالفاً لعامَّةِ رواياتِ الكُتُبِ من =

إلَّا أنْ يَشتَرِطَ التَّعجِيلَ. ومَنِ استأجَرَ خَبَّازاً لِيَخبِزَ له في بَيتِهِ قَفيزاً مِنْ دَقيقٍ بِدرهَمٍ، لم يَستحِقَّ الأجرَ حتَّى يُخرِجَ الخُبزَ من التَّنُّورِ، فإنْ أخرجَهُ، ثمَّ احترَقَ مِنْ غيرِ فِعْلِهِ، فَلَهُ الأجرُ. ومَنِ استأجَرَ طَبَّاخاً لِيَطبُخَ له طَعاماً لِلوَليمَةِ، فَالغَرفُ عليه. ومَنِ استأجَرَ إنساناً لِيَضرِبَ لَهُ لَبِناً، استَحَقَّ الأجرَ إذا أقامَها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَستحِقُّها حتَّى يُشَرِّجَها. ....

قال: (إلَّا أنْ يَشتَرِطَ التَّعجِيلَ)؛ لِما مَرَّ أنَّ الشَّرطَ فيه لازم.

قال: (ومَنِ استأجَرَ خَبَّازاً لِيَخبِزَ له في بَيتِهِ قَفيزاً مِنْ دَقيقٍ بِدرهَمٍ، لم يَستحِقَّ الأجرَ حتَّى يُخرِجَ الخُبزَ من التَّنُّورِ)؛ لأنَّ تمامَ العملِ بالإخراج. فلو احترَقَ أو سَقَطَ من يدِهِ قبلَ الإخراجِ، فلا أجرَ له؛ لِلهَلاكِ قبلَ التَّسليم.

(فإنْ أخرجَهُ، ثمَّ احترَقَ مِنْ غيرِ فِعْلِهِ، فَلَهُ الأجرُ)؛ لأنَّه صار مُسلِّماً إليه بالوَضعِ في بَيتِهِ، ولا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه لم تُوجَد منه الجنايةُ.

قال: وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّه أمانةٌ في يده.

وعندهما: يَضمَنُ مِثلَ دَقيقِهِ ولا أجرَ له؛ لأنَّه مَضمونٌ عليه، فلا يَبرأُ إلَّا بعد حقيقةِ التَّسليمِ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَهُ الخبزَ، وأعطاهُ الأجرَ.

قال: (ومَنِ استأجَرَ طَبَّاخاً لِيَطبُخَ له طَعاماً لِلوَليمَةِ، فَالغَرفُ عليه) اعتباراً لِلعُرف.

قال: (ومَنِ استأجَرَ إنساناً لِيَضرِبَ لَهُ لَبِناً، استَحَقَّ الأجرَ إذا أقامَها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَستحِقُّها حتَّى يُشَرِّجَها[1])؛ لأنَّ التَّشريجَ من تَمامِ عملِهِ،

= المَبسوطِ ومَبسوطِ شيخِ الإسلامِ، والذَّخيرةِ، والمُغني وشَرحِ الجامعِ الصَّغيرِ لِفَخرِ الإسلامِ وقاضي خان والتُّمرتاشي والفوائدِ الظَّهيريَّة. فإنَّه ذكر في المبسوط في باب: مَن استأجَرَ أجيراً يَعمَلُ له في بيته، وقالوا: لو استأجَرَ خيَّاطاً يَخيطُ له في بيتِ المُستأجِرِ قميصاً وخاطَ بعضَهُ، فَسُرِقَ الثَّوبُ فله الأجرُ بِقَدرِ ما خاطَ، فإنَّ كلَّ جزءٍ من العملِ يصيرُ مُسلَّماً إلى صاحبِ الثَّوبِ بالفراغ منه، ولا يَتوقَّفُ التَّسليمُ في ذلك الجزءِ على حصول كمالِ المَقصود. إلى آخر ما ذكره.

(١) أي: يُنضِّدُه بضمِّ بعضِهِ إلى بعض. عناية.

وكلُّ صانعٍ لِعَمَلِهِ أثَرٌ في العَينِ، كالقَصَّارِ والصَّبَّاغِ، فَلَهُ أنْ يَحبِسَ العَينَ بعدَ الفراغِ من عملِهِ حتَّى يَستَوفيَ الأجرَ. وكُلُّ صانعٍ ليس لِعَمَلِهِ أثَرٌ في العَينِ، فليس له أن يَحبِسَ العَينَ لِلأجْرِ كالحَمَّالِ والمَلَّاحِ. ....

إذ لا يُؤمَنُ من الفسادِ قبلَه، فصار كإخراجِ الخُبزِ من التَّنوُّرِ؛ ولأنَّ الأجيرَ هو الذي يَتولَّاه عُرفاً، وهو المُعتَبَرُ فيما لم يُنصَّ عليه.

ولأبي حنيفة: أنَّ العملَ قد تمَّ بالإقامة، والتَّشريجُ عمَلٌ زائدٌ كالنَّقل، ألا ترى أنَّه يُنتفَعُ به قبلَ التَّشريجِ بالنَّقلِ إلى مَوضِعِ العملِ، بخلافِ ما قبلَ الإقامةِ؛ لأنَّه طينٌ مُنتشِرٌ، وبخلافِ الخُبزِ؛ لأنَّه غيرُ مُنتفَعٍ به قبلَ الإخراجِ.

قال: (وكلُّ صانعٍ لِعَمَلِهِ أثَرٌ في العَينِ، كالقَصَّارِ والصَّبَّاغِ، فَلَهُ أنْ يَحبِسَ العَينَ بعدَ الفَراغِ مِن عملِهِ حتَّى يَستَوفيَ الأجرَ)؛ لأنَّ المَعقودَ عليه وَصْفٌ قائمٌ في الثَّوبِ، فلَهُ حقُّ الحبسِ لاستيفاءِ البدلِ، كما في المَبيعِ.

ولو حَبَسَه فَضاعَ لا ضَمانَ عليه عند أبي حنيفة؛ لأنَّه غيرُ مُتعدٍّ في الحَبسِ، فَبَقيَ أمانةً كما كان عنده، ولا أجرَ له لِهَلاكِ المَعقودِ عليه قبلَ التَّسليمِ.

وعند أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: العينُ كانت مَضمونةً قبلَ الحَبسِ فكذا بعده، لكنَّه بالخيار: إن شاءَ ضَمَّنَه قيمتَهُ غيرَ مَعمُولٍ ولا أجرَ له، وإن شاءَ ضَمَّنَه مَعمُولاً وله الأجرُ، وسَنُبيِّن من بعدُ إن شاء الله تعالى.

قال: (وكُلُّ صانعٍ ليس لِعَمَلِهِ أثَرٌ في العَينِ، فليس له أن يَحبِسَ العَينَ لِلأجْرِ كالحَمَّالِ والمَلَّاحِ[1])؛ لأنَّ المعقودَ عليه نفسُ العَملِ، وهو غيرُ قائمٍ في العينِ، فلا يُتصوَّرُ حَبْسُه، فليس له وِلايةُ الحَبسِ. وغَسْلُ الثَّوبِ نظيرُ الحَمْلِ.

وهذا بخلافِ الآبِقِ حيثُ يكونُ لِلرَّادِّ حَقُّ حَبسِهِ لاستيفاءِ الجُعْلِ، ولا أثَرَ لِعَملِهِ؛ لأنَّه كان على شَرَفِ الهلاكِ وقد أحياه، فكأنَّه باعَهُ منه، فله حقُّ الحَبسِ،

---

(١) وهو الذي يتولَّى أمرَ السُّفُن. بناية.

وإذا شَرَطَ على الصَّانعِ أنْ يَعمَلَ بِنَفسِهِ، ليس له أنْ يَستعمِلَ غيرَهُ، وإنْ أطلَقَ له العَمَلَ، فَلَهُ أنْ يَستأجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ.

وهذا الذي ذكرنا مَذهبُ عُلمائنا الثَّلاثة.

وقال زفر: ليس له حقُّ الحَبسِ في الوجهين[1]؛ لأنَّه وَقَعَ التَّسليمُ باتِّصالِ المَبيعِ[2] بملكِهِ، فَيسقُطُ حقُّ الحَبسِ.

ولنا: أنَّ الاتِّصالَ بالمَحلِّ ضرورةَ إقامةِ تَسليمِ العملِ، فلم يكن هو راضياً به من حيثُ إنَّه تسليمٌ، فلا يَسقُطُ حقُّ الحَبسِ، كما إذا قبض المشتري بغيرِ رِضا البائع.

قال: (وإذا شَرَطَ على الصَّانعِ أنْ يَعمَلَ بِنَفسِهِ، ليس له أنْ يَستعمِلَ غيرَهُ)؛ لأنَّ المَعقودَ عليه العملُ في مَحلٍّ بِعَينِهِ[3]، فَيستحِقُّ عينَهُ، كالمَنفَعَةِ في مَحلٍّ بِعَينِهِ[4].

(وإنْ أطلَقَ له العَمَلَ، فَلَهُ أنْ يَستأجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ)؛ لأنَّ المُستحَقَّ عَملٌ في ذِمَّتِهِ، ويُمكِنُ إيفاؤه بنفسِهِ وبالاستعانةِ بِغيرِهِ، بِمَنزلةِ إيفاءِ الدَّينِ.

---

(١) يعني: في الذي لِعمَلِهِ أثرٌ، وفي الذي لا أثر لِعمَلِهِ.

(٢) أي: المعقود عليه. وفي بعض النُّسخ: «باتِّصال المعقود عليه»، وهو الأظهر. بناية.

(٣) أراد بالمحلِّ نفسَ الصَّانع، يعني: شرَطَ أن يكونَ محلُّ هذا العملِ هو لا غيره. بناية.

(٤) كأنِ استأجر دابَّةً بعينها للحملِ، فإنَّه ليس للمؤجِّرِ أن يُسلِّمَ غيرَها. بناية.

فصل

ومَنِ استأجَرَ رَجلاً لِيَذهَبَ إلى البَصرَةِ، فَيَجِيءَ بِعِيالِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُم قد ماتَ، فَجاءَ بِمَنْ بَقِيَ، فلَهُ الأجرُ بِحِسابِهِ. وإنِ استأجَرَهُ لِيَذهَبَ بِكتابِهِ إلى فُلانٍ بِالبَصرةِ ويَجِيءَ بِجَوابِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلاناً مَيْتاً فَرَدَّهُ، فلا أجرَ له، ......

(فصل)

(ومَنِ استأجَرَ رَجلاً لِيَذهَبَ إلى البَصرَةِ، فَيَجِيءَ بِعِيالِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُم قد ماتَ، فَجاءَ بِمَنْ بَقِيَ، فلَهُ الأجرُ بِحِسابِهِ[1])؛ لأنَّه أوفى بعضَ المَعقودِ عليه، فَيستحِقُّ العِوَضَ بِقَدرِهِ[2]. ومُرادُهُ[3] إذا كانوا مَعلُومِين[4].

(وإنِ استأجَرَهُ لِيَذهَبَ بِكتابِهِ إلى فُلانٍ بِالبَصرةِ ويَجِيءَ بِجَوابِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلاناً مَيْتاً فَرَدَّهُ، فلا أجرَ له) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) فلو ماتوا جميعاً لا أجرَ أصلاً؛ لأنَّ المَعقودَ عليه المَجيءُ بهم، ولم يُوجَد. عا عن الرَّملي.

(٢) قال ابن عابدين: قال في المعراج بعد نَقلِهِ عبارةَ الهداية: وهي «استأجره ليذهب إلى البصرة فيأتي بعياله ...» إلخ، هذا اختيار الهندواني.

وعن الفضلي: استُؤجِرَ في المِصرِ لِيَحمِلَ الحِنطةَ من القريةِ، فذهَبَ فلم يَجِدِ الحنطةَ، فعاد، إن كان قال: «استأجرتُكَ حتَّى تَحمِلَ من القرية» لا يجبُ شيءٌ؛ لأنَّ في الأوَّل العقدَ على شيئين: الذَّهابُ إلى القرية، والحملُ منها. وفي الثَّاني شَرَطَ الحَمْلَ ولم يوجد، فلا يجب شيءٌ، كذا في الذَّخيرة وجامع التُّمرتاشي اهـ.

ومثلُهُ في التَّبيين عن النِّهاية، وظاهرُ المتون اختيارُ قولِ الهُندواني، ولِيُنظر ما الفرقُ بين القولينِ على عبارة الهداية، فإنَّ فيها الاستئجارَ على شيئين، نعم هو على عبارةِ المصنِّفِ كالكنز ظاهرٌ، ولعلَّ التَّصريحَ بالذَّهاب غيرُ قيد، فيظهر الفرق، ويؤيِّدُه ما في التَّتارخانية: استأجره ليحملَ له كذا من المَطمورة، فذهب فلم يَجِدِ المَطمورةَ، استحقَّ نصفَ الأجر اهـ.

وعليه فلو مات كل العيال وجبَ أجرُ الذَّهابِ، وهو مُخالِفٌ لِما قدَّمناه عن الرَّملي فتأمل. انتهى.

(٣) أي: القدوري.

(٤) وإن لم يكونوا معلومين فله كلُّ الأجر. در، وفي عا عن القهستاني: فإن جُهلوا فسدت، ولزم أجر المثل اهـ، وإن حُمل «الكلُّ» هنا على «كل أجر المثل» زال التَّنافي ط. انتهى.

وإنْ تَرَكَ الكتابَ في ذلكَ المَكانِ وعادَ، يَستحِقُّ الأجرَ بالذَّهابِ بالإجماعِ، وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة، فذهب فوجد فلاناً ميتاً فردَّه، فلا أجر له في قولهم جميعاً.

وقال محمد: له الأجرُ في الذَّهاب؛ لأنَّه أوفى بعضَ المَعقودِ عليه، وهو قَطعُ المسافةِ، وهذا لأنَّ الأجرَ مُقابَلٌ به لِما فيه من المَشقَّةِ دونَ حَملِ الكتاب لِخِفَّةِ مُؤْنَتِهِ.

ولهما: أنَّ المعقودَ عليه نَقْلُ الكتابِ؛ لأنَّه هو المقصودُ، أو وسيلةٌ إليه[1] وهو العِلمُ بما في الكتاب، ولكن الحُكمُ مُعلَّقٌ به[2]، وقد نَقَضَه، فَيَسقطُ الأجرُ كما في الطَّعام، وهي المسألةُ التي تَلي هذه المسألةَ، (وإنْ تَرَكَ الكتابَ في ذلكَ المَكانِ وعادَ، يَستحِقُّ الأجرَ بالذَّهابِ بالإجماعِ)؛ لأنَّ الحملَ لم يَنتقِضْ.

(وإنِ استأجَرَهُ لِيَذهَبَ بِطَعامٍ إلى فُلانٍ بِالبَصرَةِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلاناً مَيتاً، فَرَدَّهُ، فلا أجرَ له في قَولِهِم جميعاً)؛ لأنَّه نقَضَ تَسليمَ المَعقودِ عليه، وهو حملُ الطَّعامِ، بخلافِ مسألةِ الكتابِ على قَولِ محمَّد؛ لأنَّ المعقودَ عليه هناك قَطْعُ المسافةَ، على ما مَرَّ.

---

(١) أي: النَّقلُ وسيلةٌ إلى المقصود.

(٢) أي: بِنَقلِ الكتاب.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

ويَجوزُ استئجارُ الدُّورِ والحَوانيتِ لِلسُّكنَى وإنْ لم يُبيِّنْ ما يَعمَلُ فيها، ولَهُ أنْ يَعمَلَ كلَّ شيءٍ، إلَّا أنَّه لا يُسكِنُ حَدَّاداً ولا قَصَّاراً ولا طَحَّاناً. ويَجوزُ استئجارُ الأراضي لِلزِّراعةِ، ولِلمُستأجِرِ الشِّربُ والطَّريقُ وإنْ لم يَشترِطْ. ولا يَصِحُّ العَقدُ حتَّى يُسمِّيَ ما يَزرَعُ فيها أو يقولُ: «على أنْ يَزرَعَ فيها ما شاءَ». ....

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

قال: (ويَجوزُ استئجارُ الدُّورِ والحَوانيتِ لِلسُّكنَى وإنْ لم يُبيِّنْ ما يَعمَلُ فيها)؛ لأنَّ العملَ المُتعارَفَ فيها السُّكنى، فَيَنصرِفُ إليه، وأنَّه لا يَتفاوتُ، فصَحَّ العقدُ، (ولَهُ أنْ يَعمَلَ كلَّ شيءٍ) للإطلاق، (إلَّا أنَّه لا يُسكِنُ حَدَّاداً ولا قَصَّاراً ولا طَحَّاناً)؛ لأنَّ فيه ضَرراً ظاهراً؛ لأنَّه يُوهِنُ البناءَ، فيتقيَّدُ العقدُ بما وراءَها دِلالةً.

قال: (ويَجوزُ استئجارُ الأراضي لِلزِّراعةِ)؛ لأنَّها منفعةٌ مقصودةٌ معهودةٌ فيها، (ولِلمُستأجِرِ الشِّربُ والطَّريقُ وإنْ لم يَشترِطْ)؛ لأنَّ الإجارةَ تُعقَدُ للانتفاع، ولا انتفاعَ في الحالِ إلَّا بهما، فيدخلانِ في مُطلَقِ العقدِ، بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ المَقصودَ منه مِلكُ الرَّقبةِ لا الانتفاعُ في الحالِ، حتَّى يجوزُ بيعُ الجَحشِ والأرضِ السَّبخةِ[1] دونَ الإجارةِ، فلا يدخلانِ فيه من غيرِ ذكرِ الحقوقِ، وقد مَرَّ في البيوع[2].

(ولا يَصِحُّ العَقدُ حتَّى يُسمِّيَ ما يَزرَعُ فيها)؛ لأنَّها قد تُستأجَرُ لِلزِّراعةِ ولغيرِها، وما يُزرَعُ فيها مُتفاوِتٌ، فلا بدَّ من التَّعيينِ كي لا تقَعَ المُنازَعةُ، (أو يقولُ: «على أنْ يَزرَعَ فيها ما شاءَ»)؛ لأنَّه لمَّا فوَّضَ الخِيرَةَ إليه ارتفعتِ الجَهالةُ المُفضيةُ إلى المُنازعةِ.

---

(١) هي الأرض التي لا تُنبت شيئاً. بناية.

(٢) انظر باب: الحقوق في البيوع ص (١٥١).

وَيَجُوزُ أَنْ يَستأجِرَ السَّاحةَ لِيَبنِيَ فيها، أو لِيَغرِسَ فيها نَخلاً أو شَجراً، ثُمَّ إذا انقَضَتْ مُدَّةُ الإجارةِ لَزِمَهُ أَنْ يَقلَعَ البناءَ والغَرْسَ ويُسَلِّمَها إليه فارِغةً، إِلَّا أَنْ يَختارَ صاحِبُ الأرضِ أَنْ يَغْرَمَ له قِيمَةَ ذلك مَقْلُوعاً ويَتَمَلَّكَهُ، فَلَهَ ذلك، أو يَرضَى بِتَركِهِ على حالِهِ، فيكونُ البناءُ لهذا والأرضُ لهذا. وفي الجامع الصَّغير: إذا انقَضَتِ مُدَّةُ الإجارةِ، وفي الأرضِ رَطْبَةٌ فإنَّها تُقلَعُ. ويَجُوزُ استئجارُ الدَّوابِّ لِلرُّكوبِ والحَمْلِ، فإنْ أطلَقَ الرُّكوبَ جازَ لَهُ أَنْ يُركِبَ مَنْ يشاءَ، ....

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يَستأجِرَ السَّاحةَ لِيَبنِيَ فيها، أو لِيَغرِسَ فيها نَخلاً أو شَجراً)؛ لأنَّها منفعةٌ تُقصَدُ بالأراضي.

(ثُمَّ إذا انقَضَتْ مُدَّةُ الإجارةِ لَزِمَهُ أَنْ يَقلَعَ البناءَ والغَرْسَ ويُسَلِّمَها إليه فارِغةً)؛ لأنَّه لا نهايةَ لهما، وفي إبقائِهما إضراراً بصاحبِ الأرضِ، بخلافِ ما إذا انقضتِ المُدَّةُ والزَّرعُ بَقْلٌ، حيثُ يُترَكُ بأجرِ المِثْلِ إلى زَمانِ الإدراكِ؛ لأنَّ له نهايةً معلومةً، فأمكَنَ رعايةُ الجانبينِ.

قال: (إِلَّا أَنْ يَختارَ صاحِبُ الأرضِ أَنْ يَغْرَمَ له قِيمَةَ ذلك مَقْلُوعاً ويَتَمَلَّكَهُ، فَلَه ذلك)، وهذا بِرِضا صاحِبِ الغَرْسِ والشَّجرِ، إِلَّا أَنْ تَنقُصَ الأرضُ بِقَلعِهِما، فحينئذٍ يَتملَّكُهما بغيرِ رضاه.

قال: (أو يَرضَى بِتَركِهِ على حالِهِ، فيكونُ البناءُ لهذا والأرضُ لهذا)؛ لأنَّ الحَقَّ له فَلَهُ أَنْ لا يَستوفِيَهُ.

قال: (وفي الجامع الصَّغير: إذا انقَضَتِ مُدَّةُ الإجارةِ، وفي الأرضِ رَطْبَةٌ فإنَّها تُقلَعُ)؛ لأنَّ الرِّطابَ لا نهايةَ لها، فأشبَهَ الشَّجرَ.

قال: (وَيَجُوزُ استئجارُ الدَّوابِّ لِلرُّكوبِ والحَمْلِ)؛ لأنَّه منفعةٌ معلومةٌ مَعهودةٌ، (فإنْ أطلَقَ الرُّكوبَ جازَ لَهُ أَنْ يُركِبَ مَنْ يشاءَ) عملاً بالإطلاقِ. ولكن إذا رَكِبَ بنفسِهِ أو أركَبَ واحداً، ليس له أن يُركِبَ غيرَهُ؛ لأنَّه تعيَّنَ مُراداً من الأصل، والنَّاسُ يَتفاوَتُونَ في الرَّكوبِ، فصارَ كأنَّه نَصَّ على رُكوبِهِ.

وكذلكَ إذا استأجَرَ ثَوباً لِلُّبْسِ وأطلَقَ، جازَ فيما ذكرنا، وإنْ قال: «على أنْ يَركَبَها فلانٌ» أو «يَلبَسَ الثَّوبَ فلانٌ» فأركَبَها غيرَهُ، أو ألبَسَهُ غيرَهُ، فَعَطِبَ كان ضامِناً، وإنْ سَمَّى نوعاً وقَدْراً مَعلُوماً يَحمِلُهُ على الدَّابَّةِ، مِثلُ أن يقولَ: «خمسةُ أقفِزَةٍ حِنطةً» فله أن يَحمِلَ ما هو مِثلُ الحِنطَةِ في الضَّرَرِ أو أَقَلُّ كالشَّعير والسِّمسِمِ، وليس له أنْ يَحمِلَ ما هو أضَرُّ مِنَ الحِنطَةِ، كالمِلْحِ والحَديدِ. وإنِ استأجَرَها لِيَحمِلَ عليها قُطْناً سَمَّاهُ، فليس له أن يَحمِلَ عليها مِثلَ وَزنِهِ حَديداً. ....

(وكذلكَ إذا استأجَرَ ثَوباً لِلُّبْسِ وأطلَقَ، جازَ فيما ذكرنا)؛ لإطلاقِ اللَّفظِ وتَفاوُتِ النَّاسِ في اللُّبس.

(وإنْ قال: «على أنْ يَركَبَها فلانٌ» أو «يَلبَسَ الثَّوبَ فلانٌ» فَأركَبَها غيرَهُ، أو ألبَسَهُ غيرَهُ، فَعَطِبَ كان ضامِناً)؛ لأنَّ النَّاسَ يَتفاوتُونَ في الرُّكوبِ واللُّبسِ، فصَحَّ التَّعيينُ، وليس له أن يتعدَّاه، وكذلك كلُّ ما يَختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ لِما ذكرنا.

فأمَّا العقارُ وما لا يَختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ، إذا شَرَطَ سُكنَى واحدٍ فَلَهُ أن يُسكِنَ غيرَهُ؛ لأنَّ التَّقييدَ غيرُ مُفيدٍ؛ لِعَدَمِ التَّفاوتِ الذي يَضُرُّ بالبناءِ، والذي يَضُرُّ بالبناءِ خارجٌ على ما ذكرنا.

قال: (وإنْ سَمَّى نوعاً وقَدْراً مَعلُوماً يَحمِلُهُ على الدَّابَّةِ، مِثلُ أن يقولَ: «خمسةُ أقفِزَةٍ حِنطةً» فله أن يَحمِلَ ما هو مِثلُ الحِنطَةِ في الضَّرَرِ أو أَقَلُّ كالشَّعير والسِّمسِمِ)؛ لأنَّه دخل تحتَ الإذنِ لِعَدَمِ التَّفاوتِ، أو لكونِهِ خيراً من الأوَّل.

(وليس له أنْ يَحمِلَ ما هو أضَرُّ مِنَ الحِنطَةِ، كالمِلْحِ والحَديدِ)؛ لانعدامِ الرِّضا فيه.

(وإنِ استأجَرَها لِيَحمِلَ عليها قُطْناً سَمَّاهُ، فليس له أن يَحمِلَ عليها مِثلَ وَزنِهِ حَديداً)؛ لأنَّه ربَّما يكونُ أضَرَّ بالدَّابَّةِ، فإنَّ الحديدَ يَجتمِعُ في مَوضِعٍ من ظَهرِها، والقُطنُ يَنبسِطُ على ظَهرِها.

وإنِ استأجَرَها لِيَركَبَها، فأردَفَ معه رَجلاً، فَعَطِبَتْ، ضَمِنَ نِصفَ قِيمَتِها، ولا مُعتبَرَ بالثِّقَلِ. وإنِ استأجَرَها لِيَحمِلَ عليها مِقداراً مِنَ الحِنطَةِ، فَحَمَلَ عليها أكثَرَ منه، فَعَطِبَتْ ضَمِنَ ما زادَ الثِّقَلُ، إلَّا إذا كانَ حِملاً لا يُطِيقُهُ مِثلُ تلكَ الدَّابَّةِ، فَحينئذٍ يَضمَنُ كلَّ قِيمَتِها. وإنْ كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلجامِها أو ضَرَبَها، فَعَطِبَتْ، ضَمِنَ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَضمَنُ إذا فَعَلَ فِعلاً مُتعارَفاً. وإنِ استأجَرَها إلى الحِيرَةِ فَجاوَزَ بها إلى القادسيَّةِ، ثمَّ رَدَّها إلى الحِيرَةِ، ثمَّ نَفقَتْ، فهو ضامنٌ، وكذلك العارِيَّةُ. ....

قال: (وإنِ استأجَرَها لِيَركَبَها، فأردَفَ معه رَجلاً، فَعَطِبَتْ، ضَمِنَ نِصفَ قِيمَتِها، ولا مُعتبَرَ بالثِّقَلِ)؛ لأنَّ الدَّابَّةَ قد يَعقِرُها جَهْلُ الرَّاكبِ الخَفيفِ ويَخِفُّ عليها رُكوبُ الثَّقيلِ لِعِلمِهِ بالفُروسيَّةِ، ولأنَّ الآدميَّ غيرُ مَوزُونٍ، فلا يُمكِنُ معرفةُ الوَزنِ، فاعتُبِرَ عددُ الرَّاكبِ، كعَدَدِ الجُناةِ في الجنايات.

قال: (وإنِ استأجَرَها لِيَحمِلَ عليها مِقداراً مِنَ الحِنطَةِ، فَحَمَلَ عليها أكثَرَ منه، فَعَطِبَتْ ضَمِنَ ما زادَ الثِّقَلُ)؛ لأنَّها عَطِبَتْ بما هو مَأذونٌ فيه وما هو غيرُ مأذونٍ فيه، والسَّببُ الثِّقَلُ، فانقسَمَ عليهما. (إلَّا إذا كانَ حِملاً لا يُطِيقُهُ مِثلُ تلكَ الدَّابَّةِ، فَحينئذٍ يَضمَنُ كلَّ قِيمَتِها)؛ لِعَدمِ الإذنِ فيها أصلاً؛ لِخُروجِهِ عن العادةِ.

قال: (وإنْ كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلجامِها أو ضَرَبَها، فَعَطِبَتْ، ضَمِنَ عند أبي حنيفة. وقالا: لا يَضمَنُ إذا فَعَلَ فِعلاً مُتعارَفاً)؛ لأنَّ المُتعارَفَ مِمَّا يدخُلُ تحتَ مُطلَقِ العقدِ، فكانَ حاصِلاً بإذنِهِ، فلا يَضمَنُهُ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ الإذنَ مُقيَّدٌ بِشَرطِ السَّلامةِ، إذ يَتحقَّقُ السَّوقُ بدونه، وإنَّما هما للمبالغةِ، فيتقَيَّدُ بِوَصفِ السَّلامةِ كالمرور في الطَّريق.

قال: (وإنِ استأجَرَها إلى الحِيرَةِ فَجاوَزَ بها إلى القادسيَّةِ، ثمَّ رَدَّها إلى الحِيرَةِ، ثمَّ نَفقَتْ، فهو ضامنٌ، وكذلك العارِيَّةُ).

وَمَنِ اكتَرَى حِماراً بِسَرجٍ، فَنَزَعَ السَّرجَ وأَسْرَجَهُ بِسَرجٍ يُسرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ، فلا ضَمانَ عليه، وإنْ كانَ لا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ، ضَمِنَ، وإنْ أوكَفَهُ بِإكافٍ لا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ، ....

وقيل: تأويلُ هذه المسألةِ إذا استأجَرَها ذاهباً لا جائياً، لِيَنتهِي العقدُ بالوصولِ إلى الحِيرَةِ، فلا يَصيرُ بالعَودِ مَردُوداً إلى يدِ المالِكِ مَعنىً. وأمَّا إذا استأجَرَها ذاهباً وجائياً فيكونُ بمنزلةِ المُودَعِ إذا خالَفَ ثمَّ عادَ إلى الوِفاقِ.

وقيل: لا، بل الجوابُ مَجريٌّ على الإطلاقِ.

والفَرقُ[1]: أنَّ المُودَعَ مَأمورٌ بالحِفظِ مَقصُوداً، فبقي الأمرُ بالحِفْظِ بعدَ العَودِ إلى الوِفاقِ، فحَصَلَ الرَّدُّ إلى يدِ نائبِ المالك[2]، وفي الإجارةِ والعاريَّةِ يَصيرُ الحِفظُ مأموراً به تَبعاً للاستعمال، لا مَقصُوداً، فإذا انقطَعَ الاستعمالُ[3] لم يَبقَ هو نائباً، فلا يَبرأُ بالعَودِ، وهذا أصحُّ.

قال: (ومَنِ اكتَرَى حِماراً بِسَرجٍ، فَنَزَعَ السَّرجَ وأَسْرَجَهُ بِسَرجٍ يُسرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ، فلا ضَمانَ عليه)؛ لأنَّه إذا كان يُماثِلُ الأوَّلَ يَتناوَلُه إذنُ المالِكِ، إذ لا فائدةَ في التَّقييدِ بِغَيرِهِ، إلَّا إذا كان زائداً عليه في الوَزنِ، فحينئذٍ يَضمَنُ الزِّيادة.

(وإنْ كانَ لا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ، ضَمِنَ)؛ لأنَّه لم يَتناوَلْهُ الإذنُ من جِهتِهِ، فصار مُخالِفاً.

(وإنْ أوكَفَهُ بِإكافٍ لا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ، يَضْمَنُ)؛ لِما قلنا في السَّرج، وهذا أولى.

---

(١) أي: بين الوديعة، وبين الإجارة والعاريَّة.

(٢) أراد بنائب المالكِ المودَعَ بنفسه، لأنَّه نائبٌ عن المالك في الحفظ. بناية.

(٣) أي: بالمجاوزة للموضع المُسمَّى.

وإنْ أوكَفَهُ بإكافٍ يُوكَفُ بِمِثلِهِ الحُمُرُ، يَضْمَنُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَضمَنُ بِحسابِهِ. وإنِ استأجَرَ حَمَّالاً لِيَحمِلَ له طَعاماً في طَريقِ كذا، فأخَذَ في طَريقٍ غَيرِهِ يَسلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ المَتاعُ، فلا ضَمانَ عليه، وإنْ بَلَغَ فَلَهُ الأجرُ، وإنْ كانَ طَرِيقاً لا يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ، ضَمِنَ وإنْ بَلَّغَ فلَهُ الأجرُ، ....

(وإنْ أوكَفَهُ بإكافٍ يُوكَفُ بِمِثلِهِ الحُمُرُ، يَضْمَنُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَضمَنُ بِحسابِهِ)؛ لأنَّه إذا كان يُوكَفُ بمثلِهِ الحُمُرُ، كان هو والسَّرجُ سواءً، فيكون المالكُ راضياً به، إلَّا إذا كان زائداً على السَّرجِ في الوَزنِ، فَيضمَنُ الزِّيادةَ؛ لأنَّه لم يَرضَ بالزِّيادةِ، فصارَ كالزِّيادةِ في الحِمْلِ المُسمَّى إذا كان من جنسِهِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الإكافَ ليس من جنسِ السَّرجِ؛ لأنَّه لِلحَملِ، والسَّرجُ لِلرُّكوبِ، وكذا يَنبسِطُ أحدُهُما على ظَهرِ الدَّابَّةِ ما لا يَنبسِطُ عليه الآخَرُ، فكان مُخالِفاً، كما إذا حَمَلَ الحديدَ وقد شَرَطَ له الحِنطَةَ.

قال: (وإنِ استأجَرَ حَمَّالاً لِيَحمِلَ له طَعاماً في طَريقِ كذا، فأخَذَ في طَريقٍ غَيرِهِ يَسلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ المَتاعُ، فلا ضَمانَ عليه، وإنْ بَلَغَ فَلَهُ الأجرُ)، وهذا إذا لم يكنْ بين الطَّريقينِ تفاوُتٌ؛ لأنَّ عند ذلك التَّقييدُ غيرُ مُفيدٍ، أمَّا إذا كان تَفاوُتٌ يَضمَنُ؛ لِصحَّةِ التَّقييدِ، فإنَّ التَّقييدَ مُفيدٌ، إلَّا أنَّ الظَّاهرَ عدَمُ التَّفاوتِ إذا كان طريقاً يَسلُكُهُ النَّاسُ، فلم يُفصِّلْ.

(وإنْ كانَ طَرِيقاً لا يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ، ضَمِنَ)؛ لأنَّه صحَّ التَّقييدُ، فصارَ مُخالِفاً، (وإنْ بَلَّغَ[1] فلَهُ الأجرُ)؛ لأنَّه ارتفَعَ الخِلافُ معنىً[2]، وإن بقي صورةً[3].

---

(١) «بلَّغ» بالتشديد، يعني: وإن بلَّغ الحمَّالُ المتاعَ ذلك الموضعَ الذي عيَّنه. ويجوز بالتَّخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع، يعني: إذا بلغ المتاعُ المكانَ الذي عيَّنه ... إلخ. بناية.

(٢) لأنَّ مقصود المستأجر قد حصل.

(٣) وذلك لأنَّه سلك طريقاً غيرَ الطريقِ الذي عيَّنه المستأجِر.

وإنْ حَمَلَهُ في البَحرِ فيما يَحمِلُهُ النَّاسُ في البَرِّ ضَمِنَ، وإنْ بَلَغَ فلَهُ الأجرُ. ومَنِ استأجَرَ أرضاً لِيَزرَعَها حِنطَةً، فزرَعَها رَطْبَةً ضَمِنَ ما نَقَصَها ولا أَجْرَ له. ومَنْ دَفَعَ إلى خيَّاطٍ ثَوباً لِيَخيطَهُ قَميصاً بدرهمٍ، فَخاطَهُ قَباءً، فإنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوبِ، وإنْ شاءَ أخَذَ القَباءَ وأعطاهُ أجرَ مِثلِهِ لا يُجاوِزُ به دِرهماً.

قال: (وإنْ حَمَلَهُ في البَحرِ[1] فيما يَحمِلُهُ النَّاسُ في البَرِّ ضَمِنَ)؛ لِفُحشِ التَّفاوتِ بين البرِّ والبحرِ، (وإنْ بَلَغَ فلَهُ الأجرُ) لِحُصولِ المَقصودِ وارتفاعِ الخلافِ معنىً.

قال: (ومَنِ استأجَرَ أرضاً لِيَزرَعَها حِنطَةً، فزَرَعَها رَطْبَةً ضَمِنَ ما نَقَصَها)؛ لأنَّ الرِّطابَ أضرُّ بالأرضِ من الحنطةِ؛ لانتشارِ عُروقِها فيها، وكَثرةِ الحاجةِ إلى سَقيِها، فكان خِلافاً إلى شَرٍّ، فَيَضمَنُ ما نَقَصَها، (ولا أَجْرَ له[2])؛ لأنَّه غاصبٌ للأرضِ على ما قرَّرناه[3].

قال: (ومَنْ دَفَعَ إلى خيَّاطٍ ثَوباً لِيَخيطَهُ قَميصاً بدرهمٍ، فَخاطَهُ قَباءً، فإنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوبِ، وإنْ شاءَ أخَذَ القَباءَ وأعطاهُ أجرَ مِثلِهِ لا يُجاوِزُ به دِرهماً).

قيل: معناه[4] «القَرْطَق[5]» الذي هو ذو طاقٍ واحدٍ؛ لأنَّه يُستعمَلُ استعمالَ [القَباء و][6] القميصِ، وقيل: هو مَجريٌّ على إطلاقِهِ؛ لأنَّهما يَتقاربانِ في المَنفعةِ.

---

(١) أي: والحالُ أنَّه أمره بالسَّير في البرِّ. بناية.

(٢) معناه: أنَّه يسقطُ الأجرُ لأنَّ الأجرَ والضَّمانَ لا يَجتمعان؛ إذِ الأجرُ يَستلزِمُ عدَمَ التَّعدِّي، والضَّمانُ يَستلزِمُهُ، وتَنافي اللَّوازِمِ يدلُّ على تنافي المَلزُومات. عناية.

(٣) إشارة إلى قوله: «لأنَّ الرِّطاب أضرُّ بالأرض». بناية.

(٤) أي: المراد من القَباء.

(٥) القَرطَق: قباء ذو طاقٍ واحد. مغرب.

(٦) ما بين قوسين زيادة من (ج) و (أ).

وعن أبي حنيفة: أنَّه يُضمِّنه من غير خيارٍ؛ لأنَّ القَباءَ خلافُ جنسِ القميصِ.

ووجهُ الظَّاهر: أنَّه قميصٌ من وجهٍ؛ لأنَّه يُشدُّ وسَطُهُ، فمن هذا الوجهِ يكونُ مخالفاً؛ لأنَّ القميصَ لا يُشدُّ، ويُنتفَعُ به انتفاعَ القميصِ، فجاءتِ المُوافقَةُ والمُخالفةُ، فَيميلُ إلى أيِّ الجهتين شاء، إلَّا أنَّه يَجِبُ أجرُ المِثلِ لِقُصورِ جهةِ المُوافقةِ، ولا يُجاوِزُ به الدِّرهمَ المُسمَّى، كما هو الحُكمُ في سائر الإجاراتِ الفاسدةِ، على ما نُبيِّنُه في بابه إن شاء الله تعالى.

ولو خاطَهُ سَراويلَ وقد أُمِرَ بالقَباءِ، قيل: يَضمَنُ من غيرِ خيارٍ؛ لِلتَّفاوتِ في المَنفعةِ، والأصحُّ أنَّه يُخيَّرُ للاتِّحادِ في أصل المَنفعةِ، وصار كما إذا أُمِرَ بِضَربِ طِسْتٍ من شَبَهٍ، فضَرَبَ منه كُوزاً، فإنَّه يُخيَّر، كذا هذا، والله أعلم.

باب الإجارة الفاسدة

الإجارةُ تُفسِدُها الشُّروطُ كما تُفسِدُ البيعَ. والواجِبُ في الإجارةِ الفاسِدَةِ أَجْرُ المِثلِ لا يُجاوِزُ به المُسَمَّى، ....

(باب الإجارة الفاسدة)

قال: (الإجارةُ تُفسِدُها الشُّروطُ كما تُفسِدُ البيعَ)؛ لأنَّه بمنزلتِهِ، ألا ترى أنَّه عقدٌ يُقالُ ويُفسَخُ.

(والواجِبُ في الإجارةِ الفاسِدَةِ أَجْرُ المِثلِ لا يُجاوِزُ به المُسَمَّى)، وقال زفر والشَّافعيُّ: يجبُ بالغاً ما بلَغَ اعتباراً بِبَيعِ الأعيانِ.

ولنا: أنَّ المنافعَ لا تَتقَوَّم بِنَفسِها بل بالعَقدِ؛ لِحَاجةِ النَّاسِ، فَيُكتَفَى بالضَّرورةِ في الصَّحيحِ منها، إلَّا أنَّ الفاسدَ تبَعٌ له[1]، فَيُعتَبَرُ ما يُجعَلُ بدلاً في الصَّحيح عادةً[2]، لكنَّهما إذا اتَّفقا على مِقدارٍ في الفاسِدِ فقد أسقَطا الزِّيادةَ[3]، وإذا نَقَصَ أجرُ المِثلِ لم يَجِبْ زيادةُ المُسمَّى لفسادِ التَّسميةِ، بخلاف البيعِ[4]؛ لأنَّ العينَ مُتقوِّمةٌ في نفسِها، وهي[5] الموجِبُ الأصليُّ، فإن صحَّتِ التَّسميةُ انتقل عنه[6]،

---

(١) هذا جوابٌ عما يقال: ينبغي أن لا يجب أجرُ المثلِ في الفاسدِ لعدمِ الضَّرورة. فأجاب بأنَّ الفاسد تبعٌ للصحيح، فيثبتُ فيه ما يثبتُ في الصَّحيح باعتبار أنَّه تبَعُهُ، فصار كأنَّه لا وجود للفساد. بناية.

(٢) هذا من تتمَّة الجواب، أي: يُعتبر في الإجارة الفاسدة ما يُجعلُ بدلاً في العقدِ الصَّحيحِ عادةً، وهو قدرُ أجر المثل. بناية.

(٣) هذا جواب عمَّا يقال: ينبغي على ما ذكرتُم أن يجب اجرُ المثلِ بالغاً ما بلغ. فأجاب بقوله: لكن المتعاقدين إذا اتَّفقا على مقدارٍ معيَّنٍ في العقدِ الفاسد، فقد أسقطا الزِّيادةَ على المقدار المعيَّن لتراضيهما بالتَّسميةِ على ذلك. بناية.

(٤) جواب عن قياس زفر.

(٥) أي: القيمة.

(٦) أي: انتقل الواجب عن الموجب الأصلي إلى المسمَّى. لكنوي.

ومَنِ استأجَرَ داراً كُلَّ شهرٍ بدرهمٍ، فالعَقدُ صَحيحٌ في شَهرٍ واحدٍ، فاسدٌ في بقيَّةِ الشُّهورِ، إلَّا أنْ يُسمِّيَ جُملةَ شُهورٍ مَعلُومةٍ، ولو سَمَّى جُملَةَ شُهورٍ مَعلومةٍ جازَ، وإنْ سَكَنَ ساعةً مِنَ الشَّهرِ الثَّاني، صَحَّ العقدُ فيه، ولم يكنْ لِلمُؤجِّرِ أن يُخرِجَهُ إلى أنْ يَنقَضِيَ، وكذلك كُلُّ شَهرٍ سَكَنَ في أوَّلِهِ ساعةً. وإنِ استأجَرَ داراً سنةً بِعَشَرةِ دراهِمَ، جازَ وإنْ لم يُبيِّنْ قِسْطَ كلِّ شهرٍ من الأجرةِ، ....

وإلَّا فلا[1].

قال: (ومَنِ استأجَرَ داراً كُلَّ شهرٍ بدرهمٍ، فالعَقدُ صَحيحٌ في شَهرٍ واحدٍ، فاسدٌ في بقيَّةِ الشُّهورِ، إلَّا أنْ يُسمِّيَ جُملةَ شُهورٍ مَعلُومةٍ)؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ كلمةَ «كل» إذا دخَلَت فيما لا نهايةَ له تَنصرِفُ إلى الواحدِ؛ لِتَعذُّرِ العملِ بالعُمومِ، فكان الشَّهرُ الواحدُ معلوماً، فصَحَّ العقدُ فيه، وإذا تَمَّ كان لكلِّ واحدٍ منهما أن يَنقُضَ الإجارةَ لانتهاءِ العقدِ الصَّحيحِ.

(ولو سَمَّى جُملَةَ شُهورٍ مَعلُومةٍ جازَ)؛ لأنَّ المُدَّةَ صارت معلومةً.

قال: (وإنْ سَكَنَ ساعةً مِنَ الشَّهرِ الثَّاني، صَحَّ العقدُ فيه، ولم يكنْ لِلمُؤجِّرِ أن يُخرِجَهُ إلى أنْ يَنقَضِيَ، وكذلك كُلُّ شَهرٍ سَكَنَ في أوَّلِهِ ساعةً)؛ لأنَّه تمَّ العقدُ بتراضيهما بالسُّكنى في الشَّهر الثَّاني، إلَّا أنَّ الذي ذكَرَه في الكتاب هو القياسُ، وقد مالَ إليه بعضُ المشايخِ.

وظاهرُ الرِّوايةِ: أن يَبقَى الخيارُ لكلِّ واحدٍ منهما في اللَّيلةِ الأولى من الشَّهرِ الثَّاني ويَومَها؛ لأنَّ في اعتبارِ الأوَّلِ بعضَ الحَرَجِ.

قال: (وإنِ استأجَرَ داراً سنةً بِعَشَرةِ دراهِمَ، جازَ وإنْ لم يُبيِّنْ قِسْطَ كلِّ شهرٍ من الأجرةِ)؛ لأنَّ المُدَّةَ معلومةٌ بدونِ التَّقسيمِ، فصار كإجارةِ شهرٍ واحدٍ، فإنَّه جائزٌ وإنْ لم يُبيِّنْ قِسطَ كلِّ يوم.

---

(1) أي: وإن لم تصحَّ التَّسميةُ فلا يَنتقِلُ الواجبُ عن الموجِبِ الأصليِّ الذي هو القيمة. لكنوي.

ثمَّ يُعتَبَرُ ابتداءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّى، وإن لم يُسمِّ شيئاً فهو من الوقتِ الذي استأجَرَهُ، ثمَّ إنْ كان العَقدُ حينَ يُهَلُّ الهِلالُ، فَشُهورُ السَّنةِ كُلِّها بالأهلَّةِ، وإنْ كانَ في أثناءِ الشَّهرِ، فالكُلُّ بالأيَّامِ. ويَجوزُ أَخذُ أُجرةِ الحَمَّامِ والحَجَّامِ، ....

(ثمَّ يُعتَبَرُ ابتداءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّى[1]، وإن لم يُسمِّ شيئاً فهو من الوقتِ الذي استأجَرَهُ)؛ لأنَّ الأوقاتَ كلَّها في حقِّ الإجارةِ على السَّواءِ، فأشبَهَ اليمين[2]، بخلاف الصَّومِ[3]؛ لأنَّ اللَّيالي ليست بمَحلٍّ له.

(ثمَّ إنْ كان العَقدُ حينَ يُهَلُّ[4] الهِلالُ، فَشُهورُ السَّنةِ كُلِّها بالأهلَّةِ)؛ لأنَّها هي الأصل، (وإنْ كانَ في أثناءِ الشَّهرِ، فالكُلُّ بالأيَّامِ) عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف. وعند محمَّد وهو رواية عن أبي يوسف، الأوَّلُ بالأيَّامِ والباقي بالأهلَّة؛ لأنَّ الأيَّامَ يُصارُ إليها ضرورةً، والضَّرورةُ في الأوَّل منها.

وله: أنَّه متى تَمَّ الأوَّلُ بالأيَّام ابتدأ الثَّاني بالأيَّامِ ضرورةً، وهكذا إلى آخِرِ السَّنة، ونظيرُهُ العِدَّةُ، وقد مَرَّ في الطَّلاق.

قال: (ويَجوزُ أَخذُ أُجرةِ الحَمَّامِ والحَجَّامِ)، أمَّا الحَمَّامُ فَلِتعارُفِ النَّاسِ، ولم تُعتَبَرِ الجَهالةُ لإجماع المسلمين، قال ﷺ: «ما رآهُ المُسلِمونَ حَسَناً فهو عند اللهِ حَسَنٌ»[5].

---

(١) أي: من الوقت الذي سمَّى، بأن يقول: «من شهر رجب من هذه السَّنة» مثلاً.

(٢) أي: كما إذا حلف «لا يكلِّمُ فلاناً شهراً» تعيَّن الشَّهرُ الذي وُجد من اليمين فيه، لأنَّ الظَّاهر من حال العاقدِ أن يَقصِدَ صحَّةَ العقدِ، وصحَّتُهُ بذلك لتعيُّنِهِ؛ لعدمِ المزاحمِ. بناية.

(٣) حيثُ لا يتعيَّنُ الشَّهرُ الذي يعقب نذره، فيما لو نذر أن يصومَ شهراً، ما لم يُعيِّنه؛ لأنَّ الأوقات كلَّها ليست فيه على السَّواء. عناية بتصرف.

(٤) على البناء للمفعول، أي: يُبصَر. عناية.

(٥) قال الزيلعي (٤/ ١٣٣): غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود، وله طرق:
أحدها: ما رواه أحمد في مسنده (١/ ٣٧٩) (٣٦٠٠) عن عبد الله بن مسعود قال: «إنَّ اللهَ نظَرَ في قلوبِ العبادِ فوَجَدَ قلبَ محمَّدٍ ﷺ خيرَ قلوبِ العبادِ، فاصطفاه لنفسِهِ، فابتَعَثَه برسالتِهِ، =

ولا يَجوزُ أخذُ أُجرةِ عَسْبِ التَّيسِ، ولا الاستِئجارُ على الأذانِ والحَجِّ، وكذا الإمامةِ وتَعليمِ القرآنِ والفقهِ. ....

وأمَّا الحَجَّامُ فَلِما روي «أنَّه ﷺ احتَجَم وأعطى الحَجَّامَ الأجرةَ»[1]، ولأنَّه استئجارٌ على عملٍ معلومٍ بأجرٍ معلومٍ، فيقعُ جائزاً.

قال: (ولا يَجوزُ أخذُ أُجرةِ عَسْبِ التَّيسِ)، وهو أن يُؤجِّرَ فَحْلاً لِيَنزُوَ على الإناث؛ لقوله ﷺ: «إنَّ من السُّحتِ عَسْبَ التَّيسِ»[2]، والمرادُ أخذُ الأجرةِ عليه.

قال: (ولا الاستِئجارُ على الأذانِ والحَجِّ، وكذا الإمامةِ وتَعليمِ القرآنِ والفقهِ)، والأصلُ أنَّ كلَّ طاعةٍ يَختَصُّ بها المُسلِمُ[3] لا يجوزُ الاستئجارُ عليه عندنا.

= ثمَّ نظَرَ في قلوبِ العبادِ بعدَ قلبِ محمَّدٍ ﷺ، فوجَدَ قلوبَ أصحابِهِ خيرَ قلوبِ العبادِ، فجَعَلَهم وُزراءَ نبيِّه، يُقاتِلونَ على دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ، وما رأوه سيِّئاً فهو عند اللهِ سيِّء».

رواه الحاكمُ في المستدرك من طريق أحمد (٣/ ٨٣) (٤٤٦٥) بلفظ «ما رآه المسلمون حسَناً فهو عند اللهِ حسنٌ، وما رآه المسلمون سيِّئاً فهو عند الله سَيِّءٌ وقد رأى الصَّحابةُ جميعاً أن يُستخلَفَ أبو بكر»، وقال: صحيح الإسناد، ولم يُخرِّجاه.

(١) أخرجه البخاري في الطِّبِّ، باب: السُّعوط (٥٣٦٧)، ومسلم في المساقاة، باب: حلِّ أجرةِ الحجامة (١٢٠٢) عن ابن عباس أنَّ النَّبيَّ ﷺ «احتَجَم وأعطى الحَجَّامَ أجْرَه، واستعطَ».

زاد البخاريُّ في الإجارة، باب: خراج الحجام (٢١٥٩): «ولو كان حراماً لم يُعطِهِ».

(٢) قال الزيلعي(٤/ ١٣٥): غريبٌ بهذا اللَّفظ، وبمعناه أخرجه البخاري في الإجارة، باب: عسب الفحل (٢١٦٤) عن ابن عمر «أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن عَسْبِ الفَحلِ».

وكذا أخرج مسلم في المساقاة، باب: تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالفلاة (١٥٦٥) عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن بَيعِ ضِرابِ الجَملِ، وعن بيعِ الماء والأرض لِتُحرَثَ».

(٣) أي: يختصُّ بملَّةِ الإسلام، أمَّا إذا لم يختصَّ بها فيجوزُ، كما إذا استأجر ذمِّيّاً على تعليم التَّوراة يجوز، لأنَّ تعليمها لا يختصُّ بملَّة الإسلام. لكنوي.

وعند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[١] يصحُّ في كلِّ ما لا يَتعيَّنُ على الأجيرِ[٢]؛ لأنَّه استئجارٌ على عملٍ معلومٍ غيرِ مُتعيِّنٍ عليه، فيجوز.

ولنا: قوله ﷺ: «اقرءوا القرآنَ ولا تأكلوا به»[٣]، وفي آخرِ ما عَهِدَ رسولُ الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص «وإنِ اتَّخذتَ مُؤذِّناً فلا يأخذْ على الأذان أجراً»[٤]،

---

(١) المسألة فيها تفصيل، لذا أقول: أركان الإجارة عند الشَّافعيَّةِ أربعةٌ: عاقدان، وصيغة، وأجرة، ومنفعة.

والرُّكنُ الرَّابع -وهو المنفعة- له خمسةُ شروط: كونُ المنفعة متقوِّمةً، وكونُ المؤجِّرِ قادراً على تسليمَها، وكونُ المنفعة معلومةً، وحصول المنفعة للمستأجر، وأن لا يتضمَّن عقدُ الإجارةِ استيفاءَ عين قصداً.

قال النووي في الروضة (٤/ ٢٦٢) الكتب العلمية: الشَّرط الرَّابعُ: حصولُ المنفعةِ للمستأجر، وأكثَرُ العناية في هذا الشَّرط بالقُرَب، وضبَطَها الإمام فقال: هي قسمان:

أحدهما: قُرَب يتوقَّفُ الاعتدادُ بها على النِّيَّة، فما لا تدخله النِّيابة منها، لا يجوزُ الاستئجارُ عليه، وما تدخلُهُ النِّيابةُ، جاز الاستئجارُ عليه، كالحجِّ، وتفرقةِ الزَّكاة.

القسم الثاني: ما لا تتوقَّف صحَّتُه على النِّيَّة، وهو نوعان: فرضُ كفاية، وشعارٌ غيرُ فرض.

والأوَّل ضربان:

أحدهما: يختصُّ افتراضُهُ في الأصل بشخصٍ وموضعٍ معيَّن، ثمَّ يُؤمَر به غيرُهُ إن عَجَزَ، كتجهيزِ الموتى بالتَّكفين والغُسل والحَفر وحملِ الميِّت ودفنه، فإنَّ هذه المُؤَنَ تختَصُّ بالتَّركة، فإن لم تكن فعلى النَّاس القيامُ بها، فمثل هذا يجوزُ الاستئجارُ عليه، لآنَّ الأجيرَ غيرُ مقصودٍ بفعله حتَّى يقع عنه، ومن هذا تعليمُ القرآن.

الضَّرب الثاني: ما يَثبُتُ فرضُهُ في الأصل شائعاً غيرَ مختصٍّ، كالجهاد، فلا يجوزُ استئجارُ المسلِمِ عليه، ويجوزُ استئجارُ الذِّمِّيِّ على الصحيح.

النوع الثاني: شعارٌ غيرُ فرض، كالأذان، تفريعاً على الأصحِّ، وفي جوازِ استئجارِ المسلِمِ عليه ثلاثةُ أوجه. انظر تتمَّته.

(٢) أي: ما لم يكن واجباً عيناً. واحترز بذلك عمَّا لو كان متعيِّناً للإمامة أو الإفتاءِ أو التَّعليم؛ لأنَّه حينئذ لا يجوزُ استئجارُه بالإجماع. لكنوي.

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٨) (١٥٦١٤) عن عبد الرَّحمنِ بن شبل قال: سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول: «اقرءُوا القرآنَ ولا تأكلوا به، ولا تَجفُوا عنه، ولا تَغلُوا فيه، ولا تَستكثِروا به».

(٤) أخرج أحمد (٤/ ٢١) (١٦٣٧٨)، والترمذي في أبواب الصلاة، باب: ما جاء في كراهية أن يأخذ =

ولا يَجوزُ الاستئجارُ على الغناءِ والنَّوحِ، وكذا سائرِ المَلاهي. ولا يَجوزُ إجارةُ المُشاعِ عند أبي حنيفة إلَّا مِنَ الشَّريكِ، وقالا: إجارةُ المُشاعِ جائزةٌ. ....

ولأنَّ القُربةَ متى حصلت وقعتْ عن العامل، ولهذا تُعتَبَرُ أهليَّتُهُ، فلا يجوزُ له أخذُ الأجرِ من غيرِهِ كما في الصَّومِ والصَّلاة، ولأنَّ التَّعليمَ مِمَّا لا يَقدِرُ المُعلِّمُ عليه إلَّا بمعنىً من قِبَلِ المُتعلِّم، فيكون مُلتزِماً ما لا يَقدِرُ على تَسليمِهِ فلا يصحُّ.

وبعضُ مشايخنا استحسنوا الاستئجارَ على تعليمِ القرآنِ اليومَ؛ لأنَّه ظَهَرَ التَّواني في الأمور الدِّينيَّةِ، ففي الامتناعِ تضييعُ حفظِ القرآنِ، وعليه الفتوى.

قال: (ولا يَجوزُ الاستئجارُ على الغناءِ والنَّوحِ، وكذا سائرِ المَلاهي)؛ لأنَّه استئجارٌ على المَعصيةِ، والمَعصيةُ لا تُستَحَقُّ بالعقد.

قال: (ولا يَجوزُ إجارةُ المُشاعِ عند أبي حنيفة إلَّا مِنَ الشَّريكِ، وقالا: إجارةُ المُشاعِ جائزةٌ)، وصورتُهُ: أن يُؤاجِرَ نصيباً مِن دارِهِ، أو نَصيبَهِ من دارٍ مُشترَكَةٍ من غَيرِ الشَّريكِ.

لهما: أنَّ لِلمُشاعِ مَنفعَةً، ولهذا يجبُ أجرُ المِثلِ، والتَّسليمُ مُمكِنٌ بالتَّخليةِ، أو بالتَّهايُؤ، فصار كما إذا آجَرَ من شَريكِهِ أو من رجلينِ، وصار كالبيع[1].

ولأبي حنيفة: أنَّه آجَرَ ما لا يَقدِرُ على تَسليمِهِ، فلا يجوزُ، وهذا لأنَّ تسليمَ المُشاعِ وَحْدَه لا يُتصوَّرُ، والتَّخليةُ اعتُبِرَت تسليماً لِوُقوعِهِ تَمكيناً، وهو الفِعلُ الذي يَحصُلُ به التَّمكُّنُ، ولا تَمكُّنَ في المُشاع.

= المؤذن على الأذان أجرا (٢٠٩)، والنسائي في الصغرى، في الأذان، باب: اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجرا (٦٧٢)، وأبو داود في الصلاة، باب: أخذ الأجر على التأذين (٥٣١) عن عثمان بن أبي العاص، قال: قلت: يا رسول الله اجعلني إمامَ قومي، قال: «أنتَ إمامُهُم، واتَّخِذْ مُؤذِّناً لا يأخذُ على أذانه أجراً».

(١) أي: صار حكمُ التَّخليةِ هنا كحكمِ التَّخليةِ في البيعِ، من حيثُ إنَّ التَّخليةَ تسليمٌ فيه. بناية.

ويَجوزُ استئجارُ الظِّئرِ بأُجرةٍ مَعلُومةٍ، ....

بخلافِ البيعِ لِحُصولِ التَّمكُّنِ فيه، وأمَّا التَّهايؤُ فإنَّما يُستَحَقُّ حُكماً للعقد بواسطةِ المِلكِ، وحكمُ العقدِ يَعقبُهُ، والقدرةُ على التَّسليمِ شَرطُ العقدِ، وشرطُ الشَّيءِ يَسبقُهُ، ولا يُعتَبَرُ المُتراخي سابقاً.

وبخلافِ ما إذا آجَرَ مِن شريكِهِ، فالكلُّ يَحدُثُ على مِلكِهِ، فلا شُيوع، والاختلافُ في النِّسبةِ لا يَضرُّهُ، على أنَّه لا يصحُّ في روايةِ الحسن عنه. وبخلافِ الشُّيوعِ الطَّارئ؛ لأنَّ القدرةَ على التَّسليم ليست بشرطٍ للبقاء. وبخلاف ما إذا آجَرَ من رجلين؛ لأنَّ التَّسليمَ يقعُ جملةً، ثمَّ الشُّيوعُ بتفرُّقِ المِلك فيما بينهما طارئٌ.

قال: (ويَجوزُ استئجارُ الظِّئرِ[1] بأُجرةٍ مَعلُومةٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطَّلاق: ٦]، ولأنَّ التَّعاملَ به كان جارياً على عهدِ رسولِ الله ﷺ وقبلَهُ، وأقرَّهم عليه.

ثمَّ قيل: إنَّ العقدَ يقعُ على المَنافعِ، وهي خِدمَتُها للصَّبيِّ والقيامُ به، واللَّبَنُ يُستحَقُّ على طريقِ التَّبعِ بمنزلةِ الصَّبغِ في الثَّوبِ.

وقيل: إنَّ العقدَ يقعُ على اللَّبنِ، والخِدمةُ تابِعَةٌ، ولهذا لو أرضعَتْهُ بِلَبَنِ شاةٍ لا تَستحِقُّ الأجرَ.

والأوَّلُ أقربُ إلى الفقه؛ لأنَّ عقدَ الإجارةِ لا يَنعقِدُ على إتلافِ الأعيانِ مَقصوداً، كما إذا استأجَرَ بقرةً لِيَشرَبَ لَبَنَها.

وسنبيِّنُ العُذرَ عن الإرضاعِ بلبنِ الشَّاةِ إن شاء الله تعالى.

وإذا ثبَتَ ما ذكرنا يَصِحُّ إذا كانت الأجرةُ مَعلومةً اعتباراً بالاستئجارِ على الخدمةِ.

---

(١) «الظِّئر» المرضعة.

ويَجوزُ بِطَعامِها وكِسوَتِها استحساناً عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَجوزُ، وفي الجامع الصَّغير: فإنْ سَمَّى الطَّعامَ دراهِمَ، ووَصَفَ جِنسَ الكِسْوَةِ وأجَلَها وذَرْعَها، فهو جائزٌ. ولو سَمَّى الطَّعامَ وبيَّنَ قَدْرَهُ جازَ أيضاً، ولا يُشترَطُ تأجيلُهُ، ويُشترَطُ بيانُ مَكانِ الإيفاءِ، ....

قال: (ويَجوزُ بِطَعامِها وكِسوَتِها[1] استحساناً عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَجوزُ)؛ لأنَّ الأجرةَ مَجهولةٌ، فصار كما إذا استأجَرَها لِلخَبزِ والطَّبخِ.

وله: أنَّ الجَهالةَ فيه لا تُفضِي إلى المُنازعةِ؛ لأنَّ في العادةِ التَّوسعةَ على الأظآرِ شفَقَةً على الأولاد، فصار كبيعِ قَفيزٍ من صُبْرَةٍ، بخلاف الخَبزِ والطَّبخِ؛ لأنَّ الجهالةَ فيه تُفضِي إلى المُنازعةِ.

(وفي الجامع الصَّغير: فإنْ سَمَّى الطَّعامَ دراهِمَ، ووَصَفَ جِنسَ الكِسْوَةِ وأجَلَها[2] وذَرْعَها، فهو جائزٌ) يعني: بالإجماع. ومعنى «تسمية الطَّعام دراهم» أن يَجعَلَ الأجرةَ دراهِمَ، ثمَّ يدفَعَ الطَّعامَ مكانَهُ، وهذا لا جهالةَ فيه.

(ولو سَمَّى الطَّعامَ وبيَّنَ قَدْرَهُ جازَ أيضاً) لِما قلنا[3]، (ولا يُشترَطُ تأجيلُهُ)؛ لأنَّ أوصافَها[4] أثمانٌ[5]، (ويُشترَطُ بيانُ مَكانِ الإيفاءِ) عند أبي حنيفة[6] خلافاً لهما، وقد ذكرناه في البيوع.

---

(١) يعني: جازت بأجرةٍ معلومةٍ كسائر الإجارات، وبِطعامِها وكِسْوتِها أيضاً. عناية.

(٢) أي: أجل الكسوةِ، أراد به وقتَ العطاء. بناية.

(٣) أي: لأنَّه لا جهالةَ فيه.

(٤) أي: أوصاف الطَّعامِ، والتَّأنيثُ بتأويل الحنطة.

(٥) أراد أنَّ المكيلَ والموزونَ إذا كان موصوفاً غيرَ مشارٍ إليه يثبتُ ديناً في الذِّمَّةِ، والدَّينُ تارةً يكون مؤجَّلاً وتارةً يكونُ معجَّلاً، كالدَّراهم والدَّنانير، فلا يُشترطُ بيانُ الأجلِ كما في سائر الأثمان. بناية بتصرف.

(٦) أي: إن كان له حملٌ ومؤنةٌ.

وفي الكِسوَةِ يُشتَرَطُ بيانُ الأجلِ أيضاً مع بيانِ القَدْرِ والجِنْسِ. وليس لِلمُستأجِرِ أنْ يَمنَعَ زَوْجَها مِنْ وَطئِها، فإنْ حَبِلَتْ كانَ لهم أنْ يَفسَخُوا الإجارةَ، إذا خافُوا على الصَّبيِّ مِنْ لَبَنِها، وعليها أنْ تُصلِحَ طعامَ الصَّبيِّ، وإنْ أرضَعَتْهُ في المُدَّةِ بِلَبَنِ شاةٍ فلا أَجْرَ لها. ....

(وفي الكِسوَةِ يُشتَرَطُ بيانُ الأجلِ أيضاً[1] مع بيانِ القَدْرِ والجِنْسِ)؛ لأنَّه[2] إنَّما يَصيرُ ديناً في الذِّمَّةِ إذا صار مَبيعاً، وإنَّما يَصيرُ مَبيعاً عند الأجلِ كما في السَّلَم.

قال: (وليس لِلمُستأجِرِ أنْ يَمنَعَ زَوْجَها مِنْ وَطئِها)؛ لأنَّ الوَطْءَ حقُّ الزَّوجِ، فلا يتمكَّنُ من إبطالِ حقِّهِ؛ ألا ترى أنَّ له أنْ يفسَخَ الإجارةَ إذا لم يَعلَمْ به صيانةً لحقِّه، إلَّا أنَّ المستأجِرَ يَمنَعُه عن غِشيانِها في مَنزِلِهِ؛ لأنَّ المَنزِلَ حقُّه.

(فإنْ حَبِلَتْ كانَ لهم أنْ يَفسَخُوا الإجارةَ، إذا خافُوا على الصَّبيِّ مِنْ لَبَنِها)؛ لأنَّ لبَنَ الحامِلِ يُفسِدُ الصَّبيَّ، ولهذا كان لهم الفَسخُ إذا مَرِضَتْ أيضاً.

(وعليها أنْ تُصلِحَ طعامَ الصَّبيِّ)؛ لأنَّ العملَ عليها.

والحاصل: أنَّه يُعتَبَرُ فيما لا نَصَّ عليه العُرفُ في مِثلِ هذا الباب، فما جَرَى به العُرفُ من غَسلِ ثِيابِ الصَّبيِّ[3] وإصلاحِ الطَّعامِ وغيرِ ذلك، فهو على الظِّئر. أمَّا الطَّعامُ فعلَى والدِ الولدِ، وما ذَكَر محمَّدٌ أنَّ الدُّهنَ والرَّيحانَ على الظِّئرِ فذلك من عادة أهلِ الكوفةِ.

(وإنْ أرضَعَتْهُ في المُدَّةِ بِلَبَنِ شاةٍ فلا أَجْرَ لها)؛ لأنَّها لم تأتِ بِعَملٍ مُستَحَقٍّ عليها، وهو الإرضاعُ، فإنَّ هذا إيجارٌ وليس بإرضاعٍ، وإنَّما لم يَجِبِ الأَجرُ لهذا المعنى، أنَّه[4] اختَلَفَ العملُ.

---

(١) يعني: إذا استأجرها بثيابٍ يُشترطُ فيه جميعُ شرائطِ السَّلمِ، من بيانِ الأجلِ والقَدْرِ والجنس.

(٢) أي: وجوبُ الكسوةِ. بناية.

(٣) قال تاج الشريعة: أراد غسلَ الثِّياب عن البولِ والغائطِ، لا عن الدَّرَن والوسخ. بناية.

(٤) بفتح همزة «أنَّ» لأنَّها بدلٌ من «المعنى»، وفي بعض النُّسخ «لأنَّه»، والصَّحيحُ الذي ضبطه مشايخُنا =

وَمَنْ دَفَعَ إلى حائكٍ غَزْلاً لِيَنسُجَهُ بالنِّصفِ، فلَهُ أجرُ مِثلِهِ. وكذا إذا استأجَرَ حماراً يَحمِلُ عليه طعاماً بِقَفيزٍ منه، فالإجارةُ فاسِدَةٌ، ولا يُجاوِزُ بالأجرِ قَفيزاً. ....

قال: (ومَنْ دَفَعَ إلى حائكٍ غَزْلاً لِيَنسُجَهُ بالنِّصفِ، فلَهُ أجرُ مِثلِهِ. وكذا إذا استأجَرَ حماراً يَحمِلُ عليه طعاماً بِقَفيزٍ منه، فالإجارةُ فاسِدَةٌ)؛ لأنَّه جعَلَ الأجرَ بعضَ ما يَخرُجُ من عملِهِ، فيصيرُ في معنى قَفيزِ الطَّحَّان، وقد نهى النَّبيُّ ﷺ عنه[1]، وهو أنْ يَستأجِرَ ثَوْراً لِيَطحَنَ له حِنطةً بِقَفيزٍ من دَقيقِهِ.

وهذا أصلٌ كبيرٌ يُعرَفُ به فسادُ كثيرٍ من الإجارات، لا سيَّما في ديارنا، والمعنى فيه: أنَّ المُستأجِرَ عاجزٌ عن تسليمِ الأجرِ، وهو بعضُ المَنسوجِ أو المَحمُولِ، إذ حصولُهُ بفعلِ الأجيرِ، فلا يُعدُّ هو قادراً بقدرةِ غيرِهِ.

وهذا بخلاف ما إذا استأجَرَهُ لِيَحمِلَ نصفَ طعامِهِ بالنِّصفِ الآخَرِ، حيثُ لا يجبُ له الأجرُ[2]؛ لأنَّ المستأجِرَ ملَكَ الأجيرَ[3] في الحالِ بالتَّعجيلِ، فصار مُشتَرَكاً بينهما، ومَنِ استأجَرَ رجلاً لِحَملِ طعامٍ مُشتَرَكٍ بينهما لا يَجبُ الأجرُ؛ لأنَّ ما مِنْ جُزءٍ يَحمِلُه إلَّا وهو عاملٌ لنفسِهِ فيه، فلا يتحقَّقُ تسليمُ المَعقودِ عليه.

قال: (ولا يُجاوِزُ بالأجرِ قَفيزاً[4])؛ لأنَّه لمَّا فسَدَتِ الإجارةُ، فالواجبُ الأقلُّ مِمَّا سمَّى ومِنْ أجرِ المِثلِ؛ لأنَّه رضي بحَطِّ الزِّيادةِ.

= هو الأول. بناية.

(١) أخرج وأبو يعلى الموصلي (٢/ ٣٠١) (١٠٢٤)، والدارقطني في البيوع (١٩٥) عن أبي سعيد الخدري، قال: «نَهى عن عَسبِ الفحلِ، وعن قَفيزِ الطَّحَّان».

(٢) لا المُسمَّى، ولا أجرُ المثل. عناية.

(٣) أي: الأجرةَ.

(٤) متَّصلٌ بقوله: «وكذا إذا استأجر حماراً لِيَحمِلَ طعاماً بقفيز منه». عناية.

وَمَنِ استأجَرَ رجلاً لِيَخبِزَ له هذه العَشَرَةَ المَخَاتِيم من الدَّقيقِ اليومَ بدرهمٍ، فهو فاسدٌ، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد في الإجارات: هو جائزٌ. ....

وهذا بخلافِ ما إذا اشتركا في الاحتطابِ[١] حيثُ يَجِبُ الأجرُ بالغاً ما بلَغَ عند محمَّد؛ لأنَّ المُسمَّى[٢] هناك غيرُ معلومٍ، فلم يصحَّ الحَطُّ[٣].

قال: (وَمَنِ استأجَرَ رجلاً لِيَخبِزَ له هذه العَشَرَةَ المَخَاتِيم[٤] من الدَّقيقِ اليومَ بدرهمٍ، فهو فاسدٌ، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد في الإجارات: هو جائزٌ)؛ لأنَّه يُجعَلُ المعقودُ عليه عمَلاً، ويُجعَلُ ذِكرُ الوقتِ للاستعجالِ، تصحيحاً للعقدِ، فترتفعُ الجَهالةُ.

وله: أنَّ المعقودَ عليه مجهولٌ؛ لأنَّ ذِكرَ الوقتِ يُوجِبُ كونَ المَنفعةِ مَعقوداً عليها، وذِكرُ العملِ يُوجِبُ كونَهُ معقوداً عليه، ولا ترجيح، ونَفْعُ المُستأجِرِ في الثَّاني[٥] ونفعُ الأجيرِ في الأوَّل[٦]، فَيُفضي إلى المنازعة[٧].

---

(١) أي: والأجرةُ نصف الحطب.

(٢) وهو نصف الحطب.

(٣) وأمَّا عند أبي يوسف فلا يُجاوِزُ بِأجرِهِ نِصفَ ثَمَنِ ذلك؛ لأنَّه رضي بنصفِ المُسمَّى حيث اشترك. وهذه المسألةُ متصوَّرةٌ فيما إذا احتَطَبَ أحدُهُما وجمَعَ الآخرُ، وأمَّا إذا احتَطَبا جميعاً، وجَمَعا جميعاً، فهما شريكانِ على السَّواء. عناية بتصرف.

(٤) «المخاتيم» جمع «مختوم» وهو الصَّاع، سُمِّي به لأنَّه يُختَمُ أعلاه كي لا يزداد أو ينقص. عناية.

(٥) أي: في كون المعقودِ عليه هو العمل؛ لأنَّه لا يستحقُّ الأجرَ إلا بالعمل لكونه أجيراً مُشتَرَكاً. تبيين الحقائق.

(٦) أي: في كونِ المعقودِ عليه هو المنفعة؛ لأنَّه يَستحِقُ الأجرة بِمُضيِّ المدَّةِ، عَمِلَ أو لم يَعمَلْ. تبيين الحقائق.

(٧) وجهُ إفضائِهِ إلى المنازعة: أنَّه إن مضى اليوم ولم يَفرُغْ من العملِ جازَ أن يَطلُبَ الأجيرُ أجرَهُ نظراً إلى الأوَّل، ويمنَعَه المستأجِرُ نَظَراً إلى الثَّاني، فيقعُ النِّزاع.

وَمَنِ استأجَرَ أرضاً على أنْ يَكرِبَها ويَزْرَعَها، أو يَسقِيَها ويَزْرَعَها، فهو جائزٌ، فإنْ اشتَرَطَ أنْ يَثْنِيَها، أو يَكرِيَ أنهارَها، أو يُسَرْقِنَها، فهو فاسدٌ. ....

وعن أبي حنيفة: أنَّه يصحُّ الإجارةُ إذا قال: «في اليوم» وقد سَمَّى عملاً؛ لأنَّه للظَّرفِ[1]، فكان المعقودُ عليه العملَ، بخلاف قوله: «اليومَ»[2] وقد مَرَّ مِثلُه في الطَّلاق[3].

قال: (وَمَنِ استأجَرَ أرضاً على أنْ يَكرِبَها[4] ويَزْرَعَها، أو يَسقِيَها ويَزْرَعَها، فهو جائزٌ)؛ لأنَّ الزِّراعةَ مُستحَقَّةٌ بالعقد، ولا تتأتَّى الزِّراعةُ إلَّا بالسَّقي والكِرابِ، فكان كلُّ واحدٍ منهما مُستَحَقّاً، وكلُّ شرطٍ هذه صفتُهُ يكونُ من مُقتَضَياتِ العقدِ، فَذِكرُهُ لا يُوجِبُ الفسادَ.

(فإنْ اشتَرَطَ أنْ يَثْنِيَها، أو يَكرِيَ أنهارَها، أو يُسَرْقِنَها، فهو فاسدٌ)؛ لأنَّه يَبقَى أثَرُهُ بعد انقضاءِ المُدَّة، وأنَّه ليس من مُقتَضَياتِ العقدِ، وفيه منفعةٌ لأحدِ المُتعاقِدَينِ، وما هذا حالُهُ يُوجِبُ الفسادَ؛ لأنَّ مُؤجِّرَ الأرضِ يصيرُ مستأجِراً منافعَ الأجيرِ على وَجهٍ يبقى بعد المُدَّةِ، فيصيرُ صفقتانِ في صفقةٍ واحدةٍ، وهي منهيٌّ عنه.

ثمَّ قيل: المرادُ بالتَّثنيةِ أن يَرُدَّها مَكروبةً، ولا شُبهةَ في فسادِهِ[5].

---

(١) أي: لأنَّ «في» للظَّرف لا للمدَّة، والمظروفُ لا يستغرقُ الظَّرفَ. بناية.

(٢) لأنَّ «اليوم» بدون ذكر «في» للمدَّةِ، فيستغرقُ جميع الظَّرفِ، فيصلحُ أن يكون معقوداً عليه، فتقع الجهالة. بناية.

(٣) انظر فصل: إضافةِ الطَّلاقِ إلى الزَّمان، عند قوله: «أنت طالق في غد» وقال: نويت آخرَ النَّهار. (١٢٨/٢).

(٤) في المصباح: كَرَبتُ الأرضَ، من باب «قتَلَ»، كِراباً - بالكسر - قلَّبتُها لِلحَرْث، وفيه أيضاً: كَرَى النَّهر كَرْياً، من باب «رمى» حفرتُ فيه حُفرةً جديدةً.

(٥) لأنَّه شرطٌ لا يقتضيه العقدُ، لأنَّ الزراعة لا تتوقَّف عليه. بناية.

وإنِ استأجَرَها لِيَزرَعَها بِزراعةِ أرضٍ أخرى، فلا خَيْرَ فيه. ....

وقيل: أنْ يَكرِبَها مرَّتين، وهذا في مَوضِعْ تُخرِجُ الأرضُ الرَّيْعَ بالكِرابِ مَرَّةً واحدةً والمُدَّةُ سنةٌ واحدة[1]، وإن كانت ثلاثَ سنينَ لا تبقى مَنفعَتُهُ[2].

وليس المرادُ بِكَري الأنهارِ الجَداولَ، بل المُرادُ منها الأنهارُ العِظامُ، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّه تبقى مَنفعَتُهُ في العام القابل.

قال: (وإنِ استأجَرَها لِيَزرَعَها بِزراعةِ أرضٍ أخرى، فلا خَيْرَ فيه[3])، وقال الشَّافعيُّ[4]: هو جائزٌ، وعلى هذا إجارةُ السُّكنى بالسُّكنى، واللُّبسِ باللُّبسِ، والرُّكوبِ بالرُّكوبِ.

له: أنَّ المنافعَ بمنزلةِ الأعيانِ حتَّى جازتِ الإجارةُ بِأُجرةِ دَينٍ، ولا يصيرُ ديناً بِدَينٍ.

ولنا: أنَّ الجنسَ بانفرادِهِ يُحرِّمُ النَّساءَ عندنا، فصار كبيعِ القُوهيِّ بالقُوهيِّ نسيئةً[5]، وإلى هذا أشار محمد، ولأنَّ الإجارةَ جُوِّزَت بخلافِ القياسِ للحاجةِ، ولا حاجةَ عندَ اتِّحادِ الجنسِ، بخلاف ما إذا اختَلَفَ جِنسُ المَنفعةِ[6].

---

(١) فإذا كان كذلك يفسدُ العقد أيضاً؛ لأنَّ فيه منفعة لأحد العاقدين، وهو المؤجِّر.

(٢) أي: وإن كانت مدَّةُ الإجارة ثلاثَ سنين لا يفسدُ العقدُ؛ لأنَّ كَرْب الأرضِ مرَّتين من مقتضياتِ العقد، وكذا يصحُّ العقدُ إذا شرطَ الكرابَ مرَّتين والمدَّةُ سنةٌ، والأرضُ لا تُخرجُ الرَّيعَ إلا بالكربِ مرَّتين.

(٣) أي: لا يجوز أصلاً.

(٤) قال الرافعي في الشرح الكبير (١٢/ ٢١٠) دار الفكر: ويجوز أن تكونَ الأجرةُ منفعةَ عينٍ أخرى، اتَّفق الجنسُ كما إذا أجَّر داراً بمنفعةِ دارٍ أخرى، أو اختلفت كما إذا أجَّرها بمنفعةِ عبد .اهـ.

(٥) أي: صار حكمُ هذه الإجارةِ كحكمِ بيعِ الثَّوبِ القُوهي بالثَّوبِ القُوهي إلى أجل، فإنَّه لا يصحُّ. و«القوهي» نسبة إلى «قوهستان» ناحيةٌ من نواحي فارس.

(٦) كما إذا استأجر رَكوباً بِلَبُوسٍ؛ لتحقُّقِ الحاجة، فيجوز. بناية.

وإذا كانَ الطَّعامُ بينَ رَجُلَينِ، فاستأجَرَ أحَدُهما صاحِبَهُ أو حِمارَ صاحِبِهِ، على أنْ يَحمِلَ نَصيبَهُ، فَحَمَلَ الطَّعامَ كُلَّهُ فلا أجرَ له. ومَنِ استأجَرَ أرضاً ولم يَذْكُرْ أنَّهُ يَزْرَعُها، أو أيَّ شَيءٍ يَزرَعُها، فالإجارةُ فاسدةٌ، فإنْ زَرَعَها ومَضى الأجَلُ فَلَهُ المُسمَّى. ....

قال: (وإذا كانَ الطَّعامُ بينَ رَجُلَينِ، فاستأجَرَ أحَدُهما صاحِبَهُ أو حِمارَ صاحِبِهِ، على أنْ يَحمِلَ نَصيبَهُ، فَحَمَلَ الطَّعامَ كُلَّهُ فلا أجرَ له).

وقال الشَّافعيُّ: له المُسمَّى؛ لأنَّ المنفعةَ عينٌ عنده، وبيعُ العَينِ شائعاً جائزٌ، وصار كما إذا استأجَرَ داراً مُشتَرَكَةً بينه وبينَ غيرِهِ لِيَضَعَ فيها الطَّعامَ، أو عبداً مُشتَرَكاً لِيَخيطَ له الثِّيابَ.

ولنا: أنَّه استأجَرَه لِعَملٍ لا وُجودَ له؛ لأنَّ الحملَ فِعلٌ حسيٌّ لا يُتصوَّرُ في الشَّائعِ، بخلاف البيعِ؛ لأنَّه تَصرُّف حكميٌّ[1]، وإذا لم يُتصوَّرْ تسليمُ المَعقودِ عليهِ لا يجبُ الأجرُ، ولأنَّ ما مِنْ جُزءٍ يَحمِلُهُ إلَّا وهو شريكٌ فيه، فيكونُ عاملاً لنفسِهِ، فلا يتحقَّقُ التَّسليمُ.

بخلاف الدَّارِ المُشتَرَكةِ؛ لأنَّ المعقودَ عليه هنالك المنافعُ، ويَتحقَّقُ تَسليمُها بدونِ وَضعِ الطَّعامِ[2]. وبخلاف العبدِ؛ لأنَّ المعقودَ عليه إنَّما هو مِلكُ نَصيبِ صاحِبِهِ، وأنَّه أمرٌ حُكميٌّ يُمكِنُ إيقاعُهُ في الشَّائع.

(ومَنِ استأجَرَ أرضاً ولم يَذْكُرْ أنَّهُ يَزْرَعُها، أو أيَّ شَيءٍ يَزرَعُها، فالإجارةُ فاسدةٌ)؛ لأنَّ الأرضَ تُستأجَرُ لِلزِّراعةِ ولغيرِها، وكذا ما يُزرعُ فيها مُختلِفٌ، فمنه ما يَضرُّ بالأرضِ، وما لا يَضرُّ بها غيرُهُ، فلم يكنِ المعقودُ عليه مَعلوماً، (فإنْ زَرَعَها ومَضى الأجَلُ فَلَهُ المُسمَّى)، وهذا استحسانٌ. وفي القياس:

---

(١) أي: شرعيٌّ، والتَّصرُّفُ في الشَّائع شائعٌ شرعاً، كما إذا باع أحدُ الشَّريكينِ نَصيبَهُ. عناية.

(٢) فإنَّه إذا تسلَّم البيتَ ولم يضعْ فيه الطَّعامَ أصلاً وجب عليه الأجرُ، بخلاف الحَملِ، فإنَّ المعقودَ عليه هو العملُ، وتسليمُهُ في الشَّائع لا يتحقَّقُ كما مرَّ. عناية.

ومَنِ استأجَرَ حماراً إلى بغدادَ بدرهمٍ، ولم يُسَمِّ ما يَحمِلُ عليه، فحَمَلَ ما يَحمِلُ النَّاسُ، فَنَفَقَ في نصفِ الطَّريقِ، فلا ضَمانَ عليه، فإنْ بَلَغَ بغدادَ فَلَهُ الأجرُ المُسَمَّى وإنِ اختَصَما قبلَ أنْ يَحمِلَ عليه نُقِضَتِ الإجارةُ.

لا يجوزُ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّه وقع فاسداً، فلا ينقلبُ جائزاً.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الجهالةَ ارتفعتْ قبلَ تَمامِ العقدِ، فَينقلِبُ جائزاً، كما إذا ارتفعتْ في حالةِ العقدِ، وصار كما إذا أسقَطَ الأجلَ المَجهولَ قبلَ مُضيِّهِ، والخيارَ الزَّائدَ في المُدَّة.

(ومَنِ استأجَرَ حماراً إلى بغدادَ بدرهمٍ، ولم يُسَمِّ ما يَحمِلُ عليه، فحَمَلَ ما يَحمِلُ النَّاسُ، فَنَفَقَ في نصفِ الطَّريقِ، فلا ضَمانَ عليه)؛ لأنَّ العينَ المُستأجَرَةَ أمانةٌ في يدِ المُستأجِرِ، وإن كانت الإجارةُ فاسدةً.

(فإنْ بَلَغَ بغدادَ فَلَهُ الأجرُ المُسَمَّى) استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى.

(وإنِ اختَصَما قبلَ أنْ يَحمِلَ عليه)، وفي المسألة الأولى قبل أن يَزْرعَ (نُقِضَتِ الإجارةُ) دفعاً للفساد، إذِ الفسادُ قائمٌ بعد.

باب ضمان الأجير

الأَجَرَاءُ على ضَرْبَينِ: أجيرٌ مُشتَرَكٌ، وأجيرٌ خاصٌّ، فالمُشتَرَكُ مَنْ لا يَستحِقُّ الأُجرة حتَّى يَعمَلَ، كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ، والمَتاعُ أمانةٌ في يَدِهِ، إنْ هَلَكَ لم يَضْمَنْ شيئاً عند أبي حنيفة، وهو قولُ زفر، ويَضْمَنُهُ عندهما، إلَّا مِنْ شيءٍ غالبٍ، كالحريقِ الغالِبِ والعَدُوِّ المُكابِرِ، ....

(باب ضمان الأجير)

قال: (الأَجَرَاءُ على ضَرْبَينِ: أجيرٌ مُشتَرَكٌ، وأجيرٌ خاصٌّ).

(فالمُشتَرَكُ مَنْ لا يَستحِقُّ الأُجرة حتَّى يَعمَلَ، كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ)؛ لأنَّ المَعقودَ عليه إذا كان هو العملَ أو أثَرَهُ، كان له أن يَعمَلَ للعامَّةِ؛ لأنَّ مَنافِعَهُ لم تَصِرْ مُستَحَقَّةً لواحدٍ، فَمِنْ هذا الوجهِ يُسمَّى مُشتَرَكاً.

قال: (والمَتاعُ أمانةٌ في يَدِهِ، إنْ هَلَكَ لم يَضْمَنْ شيئاً عند أبي حنيفة، وهو قولُ زفر، ويَضْمَنُهُ عندهما، إلَّا مِنْ شيءٍ غالبٍ، كالحريقِ الغالِبِ والعَدُوِّ المُكابِرِ).

لهما: ما رُوِيَ عن عمرَ وعليٍّ رضي الله عنهما، أنَّهما كانا يُضمِّنانِ الأجيرَ المُشتَرَكَ[1]؛ ولأنَّ الحِفظَ مُستَحَقٌّ عليه، إذ لا يُمكِنُهُ العَمَلُ إلَّا به، فإذا هَلَكَ بسببٍ يُمكِنُ الاحترازُ عنه، كالغَصبِ والسَّرقةِ، كان التَّقصيرُ من جهتِهِ، فَيَضمَنُهُ، كالوديعةِ إذا

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ١٤١): روى البيهقي من طريق الشَّافعيِّ أخبرنا إبراهيمُ بن أبي يحيى، عن جعفرَ بنِ محمد، عن أبيه عن عليٍّ أنَّه كان يُضمِّنُ الصَّبَّاغَ والصَّائغَ، وقال: «لا يَصلُحُ لِلنَّاس إلَّا ذلك».
وأخرج أيضاً عن خلاس عن عليٍّ أنَّه كان يُضمِّنَ الأجير.
قال البيهقيُّ: الأوَّلُ فيه انقطاعٌ بين أبي جعفر وعلي. والثاني يُضعِّفُه أهلُ الحديث، ويقولون: أحاديثُ خلاس عن عليٍّ من كتاب، قال: ورواه جابرٌ الجُعفِيُّ عن الشَّعبيِّ عن علي، وجابرٌ الجُعفيُّ ضعيفٌ، ولكن إذا ضُمَّتِ هذه المراسيلُ بَعضُها إلى بعض قويت.

وما تَلِفَ بِعَمَلِهِ، كَتَخريقِ الثَّوبِ مِنْ دَقِّهِ، وزَلَقِ الحَمَّالِ، وانقطاعِ الحَبْلِ الذي يَشُدُّ به المُكاري الحَمْلَ، وغَرَقِ السَّفينةِ مِنْ مَدِّهِ، مَضمونٌ عليه، ....

كانت بأجرٍ، بخلاف ما لا يُمكِنُ الاحترازُ عنه، كالموتِ حَتْفَ أنفِهِ والحَريقِ الغالِبِ وغيرِهِ؛ لأنَّه لا تَقصيرَ من جهتِهِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ العينَ أمانةٌ في يدِهِ؛ لأنَّ القَبضَ حصَلَ بإذنِهِ، ولهذا لو هلَكَ بسببٍ لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه لم يَضْمَنْهُ، ولو كان مضموناً لَضَمِنَهُ كما في المغصوب.

والحِفظُ مُستحَقٌّ عليه تَبعاً لا مَقصوداً، ولهذا لا يُقابِلُهُ الأجرُ، بخلاف المُودَعِ بأجرٍ؛ لأنَّ الحِفظَ مُستحَقٌّ عليه مَقصوداً، حتَّى يُقابِلُه الأجرُ.

قال: (وما تَلِفَ بِعَمَلِهِ، كَتَخريقِ الثَّوبِ مِنْ دَقِّهِ، وزَلَقِ الحَمَّالِ، وانقطاعِ الحَبْلِ الذي يَشُدُّ به المُكاري الحَمْلَ، وغَرَقِ السَّفينةِ مِنْ مَدِّهِ، مَضمونٌ عليه).

وقال زفر والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ[1]: لا ضمانَ عليه؛ لأنَّه أمَرَهُ بالفعلِ مُطلَقاً، فَيَنتظِمُهُ

---

(1) قال النووي في الروضة (٤/ ٢٩٧) الكتب العلمية: مالُ الإجارةِ، تارةً يكون في يدِ المستأجر، وتارةً في يد الأجير على العمل. أمَّا المُستأجر، ففيه مسألتان.
إحداهما: يدُهُ على الدَّابَّةِ والدَّارِ المُستأجرتين ونحوهما في مدَّةِ الإجارةِ يدُ أمانةٍ، فلا يضمن ما تَلِف منها بغير تعدٍّ وتقصير.
المسألة الثانية: الدَّابَّةُ المستأجَرَة للحمل أو الرُّكوب، إذا ربطَها المستأجِرُ ولم يَنتفع بها في المدَّة، فالقولُ في استقرارِ الأجرة عليه، سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا ضمانَ عليه لو ماتت في الاصطبل.
وأمَّا المالُ في يد الأجير، كالثَّوب إذا استؤجِرَ لخياطته أو صَبغِهِ أو قصارته، فإذا تلف والأجيرُ منفردٌ باليد، فهو: إمَّا أجيرٌ مشترك، وإما منفردٌ.
- أمَّا المشترك، فهل يضمَنُ ما تَلِف في يده بلا تعدٍّ ولا تقصير؟ فيه طريقان، أصحُّهما: قولان، أحدهما: يضمن كالمُستعير والمُستام، وأظهَرُهما: لا يضمَنُ كعامل القراض. والثاني: لا يضمن قطعاً.
- وأمَّا المنفرد، فلا يضمَنُ على المذهب، وقطع به جماعة.

إلَّا أنَّه لا يَضْمَنُ به بني آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ في السَّفينةِ، أو سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وإنْ كان بِسَوقِهِ وقَوْدِهِ. وإذا استأجَرَ مَنْ يَحمِلُ له دَنّاً مِنَ الفُراتِ، فوَقَعَ في بَعضِ الطَّريقِ فانْكَسَرَ، فإنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ في المَكانِ الذي حَمَلَهُ ولا أجْرَ له، وإنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ في المَوضِعِ الذي انْكَسَرَ وأعطاهُ الأجرَ بِحسابِهِ. ....

بنوعيه، المَعيبِ والسَّليمِ، وصارَ كأجيرِ الوحدِ ومُعِينِ القَصَّار.

ولنا: أنَّ الدَّاخلَ تحتَ الإذنِ ما هو الدَّاخلُ تحتَ العقدِ، وهو العملُ المُصلِحُ؛ لأنَّه هو الوسيلةُ إلى الأثَرِ، وهو المعقودُ عليه حقيقةً، حتَّى لو حَصَلَ بفعلِ الغَيرِ يَجِبُ الأجرُ، فلم يكن المُفسِدُ مأذوناً فيه.

بخلاف المُعِينِ؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ، فلا يُمكِنُ تَقييدُهُ بالمُصلِحِ؛ لأنَّه يَمتنِعُ عن التَّبرُّعِ، وفيما نحن فيه يَعمَلُ بالأجرِ فأمكَنَ تَقييدُهُ.

وبخلاف أجيرِ الوحدِ على ما نذكره إن شاء الله تعالى. وانقطاعُ الحَبْلِ من قلَّةِ اهتمامِهِ، فكان مِنْ صَنيعِهِ.

قال: (إلَّا أنَّه لا يَضْمَنُ به بني آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ في السَّفينةِ، أو سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وإنْ كان بِسَوقِهِ وقَوْدِهِ)؛ لأنَّ الواجبَ ضمانُ الآدميِّ، وإنَّه لا يجبُ بالعقد، وإنَّما يجبُ بالجنايةِ، ولهذا يَجِبُ على العاقلةِ، وضمانُ العُقودِ لا تَتَحمَّلُه العاقلةُ.

قال: (وإذا استأجَرَ مَنْ يَحمِلُ له دَنّاً مِنَ الفُراتِ، فوَقَعَ في بَعضِ الطَّريقِ فانْكَسَرَ، فإنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ في المَكانِ الذي حَمَلَهُ ولا أَجْرَ له، وإنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ في المَوضِعِ الذي انْكَسَرَ وأعطاهُ الأجرَ بِحسابِهِ).

أمَّا الضَّمانُ فَلِما قلنا[1]، والسُّقوطُ بالعِثارِ أو بانقطاعِ الحَبلِ، وكلُّ ذلك من صَنيعِهِ. وأمَّا الخيارُ فلأنَّهُ إذا انكسَرَ في الطَّريقِ، والحَملُ شيءٌ واحدٌ، تبيَّنَ أنَّه

= أمَّا إذا لم يكن الأجيرُ منفرداً باليد، كما إذا قعد المستأجِرُ عنده حتَّى عمل، أو حمَلَه إلى بيته ليعمل، فالمذهبُ وبه قطع الجمهور: لا ضمان. اهـ مختصراً.

(١) من إنَّه أجيرٌ مُشترَكٌ، وقد تَلِفَ المَتاعُ بِصُنعِهِ كما في تَخريقِ الثَّوبِ بالدَّقِّ. عناية.

وإذا فَصَدَ الفَصَّادُ، أو بَزَغَ البَزَّاغُ، ولم يَتجاوَزِ المَوضِعَ المُعتادَ، فلا ضمانَ عليه فيما عَطِبَ من ذلك. وفي الجامع الصغير: بَيطارٌ بَزَغَ دابَّةً بِدانِقٍ، فَنَفَقَتْ، أو حَجَّامٌ حَجَمَ عبداً بِأمرِ مَولاهُ، فَماتَ، فلا ضَمانَ عليه. والأجيرُ الخاصُّ الذي يَستحِقُّ الأجرةَ بِتَسليمِ نَفسِهِ في المُدَّةِ وإنْ لم يَعمَلْ، كمَنِ استُؤجِرَ شَهراً لِلخِدْمِةِ أو لِرَعيِ الغَنَمِ. ....

وقَعَ تَعدِّياً من الابتداءِ من هذا الوجهِ.

وله[1] وجهٌ آخَرُ وهو أنَّ ابتداءَ الحَملِ حَصَلَ بإذنِهِ فلم يكن مِنَ الابتداءِ تَعدِّياً، وإنَّما صار تَعدِّياً عندَ الكَسرِ، فَيَميلُ إلى أيِّ الوجهينِ شاءَ، وفي الوجهِ الثَّاني له الأجرُ بِقَدرِ ما استوفى، وفي الوجه الأوَّل لا أجرَ له؛ لأنَّه ما استوفى أصلاً.

قال: (وإذا فَصَدَ الفَصَّادُ، أو بَزَغَ البَزَّاغُ[2]، ولم يَتجاوَزِ المَوضِعَ المُعتادَ، فلا ضمانَ عليه فيما عَطِبَ من ذلك).

(وفي الجامع الصغير: بَيطارٌ بَزَغَ دابَّةً بِدانِقٍ، فَنَفَقَتْ، أو حَجَّامٌ حَجَمَ عبداً بِأمرِ مَولاهُ، فَماتَ، فلا ضَمانَ عليه)، وفي كلٍّ واحدٍ من العبارتين نوعُ بيانٍ.

ووجهه[3]: أنَّه لا يُمكِنُهُ التَّحرُّزُ عن السِّرايةِ؛ لأنَّه يُبتَنَى على قُوَّةِ الطِّباعِ وضَعفِها في تَحمُّلِ الألم، فلا يُمكِنُ التَّقييدُ بالمُصلِحِ من العَمَلِ، ولا كذلك دَقُّ الثَّوبِ ونَحوِهِ مِمَّا قدَّمناه؛ لأنَّ قوَّةَ الثَّوبِ ورِقَّته تُعرَفُ بالاجتهاد، فأمكن القولُ بالتَّقييد.

قال: (والأجيرُ الخاصُّ الذي يَستحِقُّ الأجرةَ بِتَسليمِ نَفسِهِ في المُدَّةِ وإنْ لم يَعمَلْ، كمَنِ استُؤجِرَ شَهراً لِلخِدْمِةِ أو لِرَعيِ الغَنَمِ). وإنَّما سُمِّي أجيرَ وَحدٍ؛ لأنَّه

---

(١) أي: لوجوب الضَّمانِ وجهٌ آخر. بناية.

(٢) فَصَد الفَصَّادُ، من حدِّ ضَرَب، وهو في الآدمي، وبَزَغَ من حدِّ فتح، وهو في الحيوان، يقال: بَزَغَ البَيطارُ الدَّابَّةَ إذا شَقَّها بالمِبْزَغِ، وهو مِثلُ مِشرَطِ الحَجَّام. بناية.

(٣) أي: وجه عدم الضَّمان.

ولا ضَمانَ على الأجيرِ الخاصِّ فيما تَلِفَ في يَدِهِ، ولا ما تَلِفَ من عَمَلِهِ.

لا يُمكِنُهُ أن يَعمَلَ لغيره؛ لأنَّ مَنافِعَهُ في المُدَّةِ صارتْ مُستحَقَّةً له، والأجرُ مُقابَلٌ بالمَنافعِ، ولهذا يبقى الأجرُ مُستَحَقّاً، وإنْ نُقِضَ العَمَلُ.

قال: (ولا ضَمانَ على الأجيرِ الخاصِّ فيما تَلِفَ في يَدِهِ، ولا ما تَلِفَ من عَمَلِهِ):

أمَّا الأوَّلُ: فلأنَّ العينَ أمانةٌ في يده؛ لأنَّه قَبَضَ بإذنِهِ، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة، وكذا عندهما؛ لأنَّ تَضمِينَ الأجيرِ المُشتَرَكِ نوعُ استحسانٍ عندهما؛ لصيانةِ أموالِ النَّاسِ، والأجيرُ الوَحْدُ لا يَتَقَبَّلُ الأعمالَ، فتكونُ السَّلامةُ غالبةً، فيؤخَذُ فيه بالقياس[1].

وأمَّا الثَّاني: فلأنَّ المَنافعَ متى صارتْ مَملُوكةً لِلمُستأجِرِ، فإذا أمَرَهُ بالتَّصرُّفِ في مِلكِهِ صحَّ ويَصيرُ نائباً مَنابَهُ، فيصيرُ فِعلُهُ مَنقولاً إليه، كأنَّه فعَلَ بنفسِهِ، فلهذا لا يَضمَنُهُ، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) وهو عدمُ الضَّمان.

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال لِلخيَّاطِ: «إن خِطتَ هذا الثَّوبَ فارِسياً فَبِدرهم، وإنْ خِطتَّه رُوميَّاً فَبِدرهَمَينِ» جاز، وأيَّ عَملٍ من هذينِ العَمَلَينِ عَمِلَ استَحَقَّ الأجرَ بِهِ. ....

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

(وإذا قال لِلخيَّاطِ: «إن خِطتَ هذا الثَّوبَ فارِسياً فَبِدرهم، وإنْ خِطتَّه رُوميَّاً فَبِدرهَمَينِ» جاز، وأيَّ عَملٍ من هذينِ العَمَلَينِ عَمِلَ استَحَقَّ الأجرَ بِهِ).

وكذا إذا قال لِلصَّبَّاغ: «إن صَبَغتَهُ بِعُصفُرٍ فبدرهمٍ، وإنْ صَبَغتَهُ بِزعفران فَبِدرَهَمَين».

وكذا إذا خيَّره بين شيئين، بأن قال: «آجرتُكَ هذه الدَّارَ شهراً بِخمسةٍ، أو هذه الدَّارَ الأخرى بِعَشرةٍ».

وكذا إذا خيَّره بين مسافتين مُختلفَتَينِ بأن قال: «آجرتُكَ هذه الدَّابَّةَ إلى الكوفةِ بكذا، أو إلى واسِطَ بكذا».

وكذا إذا خَيَّرَه بينَ ثلاثةِ أشياءَ، وإنْ خَيَّره بين أربعة أشياءَ لم يَجُزْ.

والمُعتَبَرُ في جميعِ ذلك البيعُ، والجامعُ دَفْعُ الحاجةِ، غيرَ أنَّه لا بدَّ من اشتراطِ الخيارِ في البيع، وفي الإجارةِ لا يُشتَرَطُ ذلك؛ لأنَّ الأجرَ إنَّما يجبُ بالعملِ، وعند ذلك يصيرُ المعقودُ عليه مَعلُوماً[1]، وفي البيع يجبُ الثَّمَنُ بِنَفسِ العقدِ، فتَتَحقَّقُ الجَهالةُ على وجهٍ لا ترتفعُ المُنازعةُ إلَّا بإثباتِ الخيار.

---

(1) أي: فلا يحتاج إلى خيار الشَّرط.

ولو قال: «إنْ خِطتَّهُ اليومَ فبدرهم، وإنْ خِطتَّهَ غداً فَبِنصفِ درهم»، فإنْ خاطَهُ اليومَ فلَهُ دِرهمٌ، وإنْ خاطَهُ غداً فله أجرُ مثلِهِ عند أبي حنيفة لا يُجاوِزُ به نصفَ درهم. وفي الجامع الصَّغير: لا يُنقَصُ من نصفِ درهمٍ ولا يُزادُ على درهم. وقال أبو يوسف ومحمد: الشَّرطانِ جائزانِ. ....

(ولو قال: «إنْ خِطتَّهُ اليومَ فبدرهم، وإنْ خِطتَّهَ غداً فَبِنصفِ درهم»، فإنْ خاطَهُ اليومَ فلَهُ دِرهمٌ، وإنْ خاطَهُ غداً فله أجرُ مثلِهِ عند أبي حنيفة لا يُجاوِزُ به نصفَ درهمٍ. وفي الجامع الصَّغير: لا يُنقَصُ من نصفِ درهمٍ ولا يُزادُ على درهم. وقال أبو يوسف ومحمد: الشَّرطانِ جائزانِ).

قال زفر: الشَّرطانِ فاسدان؛ لأنَّ الخياطةَ شيءٌ واحدٌ، وقد ذُكِر بمقابَلَتِهِ بَدَلانِ على البدلِ، فيكونُ مَجهولاً، وهذا لأنَّ ذِكرَ اليومِ للتَّعجيلِ، وذِكرَ الغَدِ للتَّرفيه، فَيَجتمِعُ في كلِّ يومٍ تَسمِيتانِ.

ولهما: أنَّ ذِكرَ اليومِ للتَّأقيت، وذِكرَ الغَدِ للتَّعليقِ، فلا يَجتمِعُ في كلِّ يومٍ تسميتان؛ ولأنَّ التَّعجيلَ والتَّأخيرَ مقصودٌ، فَنُزِّلا منزلةَ اختلافِ النَّوعين.

ولأبي حنيفة: أنَّ [ذِكرَ اليومِ للتَّعجيل، و][1] ذِكرَ الغدِ للتَّعليقِ حقيقةً. ولا يُمكِنُ حملُ اليومِ على التَّأقيت؛ لأنَّ فيه فسادَ العقدِ؛ لاجتماعِ الوقتِ والعملِ، وإذا كان كذلك يَجتمِعُ في الغدِ تسميتانِ دونَ اليومِ، فيصحُّ الأوَّل ويجبُ المُسمَّى، ويَفسُدُ الثَّاني ويَجِبُ أجرُ المِثلِ لا يُجاوِزُ به نصفَ درهمٍ؛ لأنَّه هو المُسمَّى في اليوم الثَّاني.

وفي الجامع الصغير: لا يُزادُ على درهم ولا يُنقَصُ من نصفِ درهم؛ لأنَّ التَّسميةَ الأولى لا تَنعدِمُ في اليوم الثاني، فَتُعتَبَرُ لِمَنعِ الزِّيادةِ، وتُعتبَرُ التَّسميةُ الثَّانيةُ لِمَنعِ النُّقصانِ.

---

(1) زيادة من (أ).

ولو قال: «إنْ سَكَنتَ في هذا الدُّكانِ عَطَّاراً فَبِدِرهَمٍ في الشَّهرِ، وإنْ سَكَنتَهُ حدَّاداً فَبِدرهَمَينِ» جازَ، وأيَّ الأمرينِ فَعَلَ استَحَقَّ الأجرَ المُسمَّى فيه عند أبي حنيفة. وقالا: الإجارةُ فاسدةٌ. وكذا إذا استأجَرَ بيتاً على أنَّه إنْ سَكَنَ فيه عَطَّاراً فَبِدرهمٍ، وإنْ سَكَنَ فيه حَدَّاداً فَبِدرهَمَينِ، فهو جائزٌ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَجوزُ. ومَنِ استأجَرَ دابَّةً إلى الحِيرَةِ بِدرهَمٍ، وإنْ جاوَزَ بها إلى القادِسِيَّةِ فَبِدرهَمَينِ، فهو جائزٌ، وإنِ استأجَرَها إلى الحِيرَةِ على أنَّه إنْ حَمَلَ عليها كُرَّ شَعيرٍ فَبِنِصفِ درهمٍ، وإنْ حَمَلَ عليها كُرَّ حِنطَةٍ فَبِدرهمٍ، فهو جائزٌ في قول أبي حنيفة. وقالا: لا يَجوزُ.

فإنْ خاطَهُ في اليوم الثَّالثِ لا يُجاوِزُ به نِصفَ درهم عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّه إذا لم يَرْضَ بالتَّأخيرِ إلى الغدِ فبالزِّيادةِ عليه إلى ما بعد الغَدِ أولى.

(ولو قال: «إنْ سَكَنتَ في هذا الدُّكانِ عَطَّاراً فَبِدِرهَمٍ في الشَّهرِ، وإنْ سَكَنتَهُ حدَّاداً فَبدرهَمَينِ» جازَ، وأيَّ الأمرينِ فَعَلَ استَحَقَّ الأجرَ المُسمَّى فيه عند أبي حنيفة. وقالا: الإجارةُ فاسدةٌ).

(وكذا إذا استأجَرَ بيتاً على أنَّه إنْ سَكَنَ فيه عَطَّاراً فَبِدرهمٍ، وإنْ سَكَنَ فيه حَدَّاداً فَبِدرهَمَينِ، فهو جائزٌ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَجوزُ).

(ومَنِ استأجَرَ دابَّةً إلى الحِيرَةِ بِدرهَمٍ، وإنْ جاوَزَ بها إلى القادِسِيَّةِ فَبِدرهَمَينِ، فهو جائزٌ)، ويَحتمِلُ الخِلافَ[1].

(وإنِ استأجَرَها إلى الحِيرَةِ على أنَّه إنْ حَمَلَ عليها كُرَّ شَعيرٍ فَبِنِصفِ درهم، وإنْ حَمَلَ عليها كُرَّ حِنطَةٍ فَبِدرهمٍ، فهو جائزٌ في قول أبي حنيفة. وقالا: لا يَجوزُ).

---

(١) إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ هذه المسألةَ ذُكِرَت في الجامع الصَّغير مُطلَقاً، فَيَحتمِلُ أن يكون هذا قولَ الكلِّ، ويَحتمِلُ أن يكونَ قولَ أبي حنيفة خاصَّةً كما في نظائرها. عناية.

وجه قولهما: أنَّ المعقودَ عليه مَجهولٌ، وكذا الأجرُ أحدُ الشَّيئينِ، وهو مَجهولٌ، والجَهالةُ تُوجِبُ الفَسادَ، بخلافِ الخِياطةِ الرُّوميَّةِ والفارسيَّةِ؛ لأنَّ الأجرَ يَجِبُ بالعمل، وعنده[1] ترتفعُ الجَهالةُ. أمَّا في هذه المسائل يجبُ الأجرُ بالتَّخليةِ والتَّسليمِ، فتبقى الجهالةُ، وهذا الحرفُ[2] هو الأصلُ عندهما.

ولأبي حنيفة: أنَّه خيَّره بينَ عَقدَينِ صَحيحَينِ مُختَلِفَينِ، فَيَصِحُّ كما في مسألة الرُّوميَّةِ والفارسيَّةِ، وهذا[3] لأنَّ سُكناه بِنَفسِهِ يُخالِفُ إسكانَهُ الحَدَّادَ؛ ألا ترى أنَّه لا يدخلُ ذلك[4] في مُطلَقِ العقدِ، وكذا في أخواتها[5]، والإجارةُ[6] تُعقَدُ للانتفاعِ، وعندَهُ تَرتفِعُ الجَهالةُ، ولو احتيجَ إلى الإيجابِ[7] بِمُجرَّدِ التَّسليمِ[8] يجبُ أقلُّ الأجرينِ لِلتَّيقُّنِ به.

---

(١) أي: عند العمل.

(٢) أي: هذا المعنى، وهو قوله: «يجبُ الأجرُ بالتَّخليةِ والتَّسليمِ، فتنتفي الجَهالةُ».

(٣) أي: كونهما مختلفين. عناية.

(٤) أي: إسكان الحدَّاد لا يدخل في مطلق عقدِ الإجارةِ.

(٥) يعني: كما لو استأجَر فرساً لِلرُّكوب، وعيَّنَ الرَّاكب، فليس له أن يُركِبَ غيره؛ للتَّفاوت.

(٦) قوله: «والإجارة ...» إلخ، جواب عن قوله: «يجب الأجر بالتخلية ...» إلخ. عناية.

(٧) أي: إيجاب الأجر.

(٨) أي: بمجرَّد التَّخليةِ، وإن لم ينتفع به.

باب إجارة العبد

ومَنِ استأجَرَ عبداً لِلخِدْمةِ فليس له أنْ يُسافِرَ به، إلَّا أنْ يَشترِطَ ذلك. ومنِ استأجَرَ عبداً مَحجُوراً عليه شَهراً، وأعطاهُ الأجرَ، فليس لِلمُستأجِرِ أنْ يَأخُذَ منه الأجرَ. ومَنْ غَصَبَ عبداً فَآجَرَ العبدُ نَفسَهُ، فأخَذَ الغاصِبُ الأجرَ فَأكَلَهُ، فلا ضَمانَ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامِنٌ، ....

(باب إجارة العبد)

قال: (ومَنِ استأجَرَ عبداً لِلخِدْمةِ فليس له أنْ يُسافِرَ به، إلَّا أنْ يَشترِطَ ذلك)؛ لأنَّ خدمةَ السَّفرِ اشتملَتْ على زيادةِ مَشقَّةٍ، فلا يَنتظِمُها الإطلاقُ، ولهذا جُعِلَ السَّفرُ عُذراً، فلا بدَّ من اشتراطِهِ كإسكانِ الحدَّادِ والقَصَّارِ في الدَّار، ولأنَّ التَّفاوتَ بينَ الخِدمَتَينِ ظاهرٌ، فإذا تعيَّنَتِ الخدمةُ في الحَضَرِ لا يَبقَى غيرُهُ داخلاً، كما في الرُّكوب.

(ومنِ استأجَرَ عبداً مَحجُوراً عليه شَهراً، وأعطاهُ الأجرَ، فليس لِلمُستأجِرِ أنْ يَأخُذَ منه الأجرَ)، وأصلُهُ: أنَّ الإجارةَ صحيحةٌ استحساناً إذا فَرَغَ من العمل. والقياسُ أن لا يجوزَ؛ لانعدامِ إذنِ المولى وقيامِ الحَجرِ، فصار كما إذا هَلَكَ العبد.

وجهُ الاستحسان: أنَّ التَّصرُّفَ نافعٌ على اعتبارِ الفراغِ سالماً، ضارٌّ على اعتبارِ هلاكِ العبدِ، والنَّافعُ مأذونٌ فيه كَقُبولِ الهبةِ، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجِرِ أن يأخُذَ منه الأجر.

(ومَنْ غَصَبَ عبداً فَآجَرَ العبدُ نَفسَهُ، فأخَذَ الغاصِبُ الأجرَ فَأكَلَهُ، فلا ضَمانَ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامِنٌ)؛ لأنَّه أكلَ مالَ المالكِ بغيرِ إذنِهِ، إذِ الإجارةُ قد صحَّتْ على ما مَرَّ[1].

---

(١) أشار به إلى وجه الاستحسان المذكور آنفاً، وهو قوله: «أنَّ التَّصرُّفَ نافعٌ على اعتبارِ الفراغِ سالماً ...» إلخ.

وإنْ وَجَدَ المَولَى الأجرَ قائماً بِعَينِهِ أخَذَهُ. ويَجُوزُ قَبضُ العبدِ الأجرَ في قَولِهِم جميعاً. ومَنِ استأجَرَ عبداً هَذَينِ الشَّهرينِ، شهراً بأربعةٍ وشهراً بِخَمسةٍ، فهو جائزٌ، والأوَّلُ منهما بأربعةٍ. ومَنِ استأجَرَ عبداً شهراً بِدرهَمٍ، فَقَبَضَهُ في أوَّلِ الشَّهرِ، ثمَّ جاءَ آخِرُ الشَّهرِ وهو آبِقٌ أو مريضٌ، فقال المُستأجِرُ: «أبَقَ، أو مَرِضَ حينَ أخَذْتُهُ»، وقال المَولَى: «لم يكنْ ذلكَ إلَّا قبلَ أنْ تأتِيَني بساعةٍ»، ....

وله: أنَّ الضَّمانَ إنَّما يجبُ بإتلافِ مالٍ مُحرَزٍ؛ لأنَّ التَّقوُّمَ به، وهذا غيرُ مُحرَزٍ في حقِّ الغاصب؛ لأنَّ العبدَ لا يُحرِزُ نفسَهُ عنه[1] فكيف يُحرِزُ ما في يده.

(وإنْ وَجَدَ المَولَى الأجرَ قائماً بِعَينِهِ أخَذَهُ)؛ لأنَّه وجَدَ عينَ مالِهِ، (ويَجُوزُ قَبضُ العبدِ الأجرَ في قَولِهِم جميعاً)؛ لأنَّه مأذونٌ له في التَّصرُّف على اعتبار الفراغ، على ما مرَّ[2].

(ومَنِ استأجَرَ عبداً هَذَينِ الشَّهرينِ، شهراً بأربعةٍ وشهراً بِخَمسةٍ، فهو جائزٌ، والأوَّلُ منهما بأربعةٍ)؛ لأنَّ الشَّهرَ المذكورَ أوَّلاً يَنصرِفُ إلى ما يلي العقدَ تَحرِّياً للجواز[3]، ونظراً إلى تَنجُّزِ الحاجةِ[4]، فَيَنصرِفُ الثَّاني إلى ما يلي الأوَّلَ ضرورةً.

(ومَنِ استأجَرَ عبداً شهراً بِدرهَمٍ، فَقَبَضَهُ في أوَّلِ الشَّهرِ، ثمَّ جاءَ آخِرُ الشَّهرِ وهو آبِقٌ أو مريضٌ، فقال المُستأجِرُ: «أبَقَ، أو مَرِضَ حينَ أخَذْتُهُ»، وقال المَولَى: «لم يكنْ ذلكَ إلَّا قبلَ أنْ تأتِيَني بساعةٍ»، ....

---

(١) أي: عن الغاصب.

(٢) أشار إلى قوله قبل أسطر: «والنافع مأذون فيه». بناية.

(٣) وذلك لأنَّه لمَّا قال: «شهراً بأربعة» على سبيل التَّنكير كان مجهولاً، والإجارةُ تَفسُدُ بالجهالة، فصرفناه إلى ما يلي العقدَ تَحرِّياً للجواز، كما لو قال: «استأجرتُ منكَ هذا العبدَ شهراً» وسَكَتَ، فإنَّه يَنصرِفُ إلى ما يلي العقدَ. عناية.

(٤) فإنَّ الإنسانَ إنَّما يَستأجِرُ الشَّيءَ لحاجةٍ تدعوه إلى ذلك، والظَّاهرُ وُقوعُها عندَ العقدِ، وإذا انصرفَ الأوَّلُ إلى ما يلي العقدَ، والثَّاني معطوفٌ عليه يَنصرِفُ إلى ما يلي الأوَّلِ ضرورةً. عناية.

فالقَولُ قولُ المُستأجِرِ، وإنْ جاءَ به وهو صحيحٌ فالقَولُ قولُ المُؤجِّرِ.

فالقَولُ قولُ المُستأجِرِ، وإنْ جاءَ به وهو صحيحٌ فالقَولُ قولُ المُؤجِّرِ)؛ لأنَّهما اختلفا في أمر مُحتَمَلٍ، فيترجَّحُ بحكمِ الحال، إذ هو دليلٌ على قيامِهِ من قبلُ، وهو يَصلُحُ مُرجِّحاً إن لم يَصلُحْ حُجَّةً في نفسِهِ.

أصلُهُ الاختلافُ في جَرَيانِ ماءِ الطَّاحونةِ وانقطاعِهِ.

باب الاختلاف في الإجارة

وإذا اختلَفَ الخيَّاطُ وربُّ الثَّوبِ، فقال ربُّ الثَّوبِ: «أمرتُكَ أنْ تعملَهُ قَباءً»، وقال الخيَّاطُ: «بل قميصاً»، أو قال صاحبُ الثَّوبِ للصَّباغِ: «أمرتُكَ أن تَصبِغَهُ أحمَرَ، فَصَبَغْتَهُ أصفَرَ» وقال الصَّبَّاغُ: «لا، بل أمرتَنِي أصفَرَ» فالقَولُ لِصاحِبِ الثَّوبِ، وإذا حَلَفَ فالخَيَّاطُ ضامِنٌ، وإنْ قال صاحبُ الثَّوبِ: «عَمِلتَهُ لي بِغَيرِ أجرٍ»، وقال الصَّانعُ: «بِأجرٍ» فالقولُ قَولُ صاحِبِ الثَّوبِ، ....

(باب الاختلاف في الإجارة)

قال: (وإذا اختلَفَ الخيَّاطُ وربُّ الثَّوبِ، فقال ربُّ الثَّوبِ: «أمرتُكَ أنْ تعمَلَهُ قَباءً»، وقال الخيَّاطُ: «بل قميصاً»، أو قال صاحبُ الثَّوبِ للصَّباغِ: «أمرتُكَ أن تَصبِغَهُ أحمَرَ، فَصَبَغْتَهُ أصفَرَ» وقال الصَّبَّاغُ: «لا، بل أمرتَنِي أصفَرَ» فالقَولُ لِصاحِبِ الثَّوبِ)؛ لأنَّ الإذنَ يُستفادُ من جهتِهِ؛ ألا ترى أنَّه لو أنكرَ أصلَ الإذنِ كان القولُ قولَهُ، فكذا إذا أنكرَ صفتَهُ، لكن يَحلِفُ؛ لأنَّه أنكرَ شيئاً لو أقرَّ به لَزِمَه.

قال: (وإذا حَلَفَ فالخَيَّاطُ ضامِنٌ)، ومعناه ما مَرَّ من قبلُ أنَّه بالخيار: إن شاءَ ضَمَّنَه، وإن شاءَ أخَذَه وأعطاه أجْرَ مثلِهِ.

وكذا يُخيَّرُ في مسألة الصَّبغِ إذا حلَفَ: إن شاء ضَمَّنَه قيمةَ الثَّوبِ أبيضَ، وإن شاء أخَذَ الثَّوبَ وأعطاه أجرَ مِثلِهِ لا يُجاوِزُ به المُسمَّى.

وذَكَر في بعض النُّسخ[1]: «يُضمِّنه ما زادَ الصِّبغُ فيه»؛ لأنَّه بمنزلة الغَصبِ.

(وإنْ قال صاحبُ الثَّوبِ: «عَمِلتَهُ لي بِغَيرِ أجرٍ»، وقال الصَّانعُ: «بِأجرٍ» فالقولُ قَولُ صاحِبِ الثَّوبِ) عند أبي حنيفة؛ لأنَّه يُنكِرُ تقوُّمَ عملِهِ، إذْ هو يَتقوَّمُ بالعَقدِ ويُنكِرُ الضَّمانَ، والصَّانعُ يدَّعيه، والقولُ قولُ المُنكِرِ.

---

(١) أي: في بعض نسخ القدوري.

وقال أبو يوسف: إنْ كانَ الرَّجلُ حَرِيفاً له فَلَهُ الأجرُ، وإلَّا فلا، وقال محمَّد: إنْ كان الصَّانعُ مَعروفاً بهذه الصَّنعةِ بالأجرِ، فالقَولُ قَولُهُ.

(وقال أبو يوسف: إنْ كانَ الرَّجلُ حَرِيفاً له) أي: خَليطاً له[1] (فَلَهُ الأجرُ، وإلَّا فلا)؛ لأنَّ سَبْقَ ما بينهما يُعيِّنُ جِهةَ الطَّلبِ بأجرٍ جَرْياً على مُعتادِهِما.

(وقال محمَّد: إنْ كان الصَّانعُ مَعروفاً بهذه الصَّنعةِ بالأجرِ، فالقَولُ قَولُهُ)؛ لأنَّه لمَّا فتح الحانوتَ لأجلِهِ جرى ذلك مَجرَى التَّنصيصِ على الأجرِ اعتباراً للظَّاهر.

والقياسُ ما قاله أبو حنيفة؛ لأنَّه منكِرٌ.

والجوابُ عن استحسانِهِما: أنَّ الظَّاهرَ لِلدَّفعِ، والحاجَةُ هاهنا إلى الاستحقاق[2]، والله أعلم.

---

(١) أي: معاملاً له، بأن كان يدفعُ إليه شيئاً للعمل ويَقطَع له عليه أجراً.

(٢) أي: الظَّاهرُ يصلحُ للدَّفع عن نفسه، والحاجةُ هاهنا للاستحقاق لا للدَّفع. بناية.

باب فسخ الإجارة

ومَنِ استأجَرَ داراً فَوَجَدَ بها عَيْباً يَضُرُّ بِالسُّكنَى، فَلَهُ الفَسْخُ. وإذا خَرِبَتِ الدَّارُ، أوِ انقطَعَ شِرْبُ الضَّيعةِ، أو انقَطَعَ الماءُ عنِ الرَّحَى انفَسَخَتِ الإجارةُ. ولوِ انقطَعَ ماءُ الرَّحَى، والبيتُ مِمَّا يُنتَفَعُ به لِغَيرِ الطَّحنِ، فَعَلَيهِ من الأجرِ بِحِصَّتِهِ. وإذا ماتَ أحَدُ المُتعاقِدَينِ وقد عَقَدَ الإجارةَ لِنَفسِهِ، انفَسَخَتْ، ....

(باب فسخ الإجارة)

قال: (ومَنِ استأجَرَ داراً فَوَجَدَ بها عَيْباً يَضُرُّ بِالسُّكنَى، فَلَهُ الفَسْخُ)؛ لأنَّ المَعقودَ عليه المنافعُ، وأنَّها تُوجَدُ شيئاً فَشَيئاً، فكان هذا عيباً حادثاً قبلَ القَبضِ، فَيُوجِبُ الخيارَ كما في البيع.

ثمَّ المستأجرُ إذا استوفَى المَنفَعَةَ فقد رَضِيَ بالعَيبِ، فَيَلزَمُهُ جميعُ البَدَلِ كما في البيع.

وإنْ فَعَلَ المُؤجِّرُ ما أزالَ به العيبَ، فلا خيارَ لِلمُستأجِرِ؛ لِزَوالِ سببِهِ.

قال: (وإذا خَرِبَتِ الدَّارُ، أوِ انقطَعَ شِرْبُ الضَّيعةِ، أو انقَطَعَ الماءُ عنِ الرَّحَى انفَسَخَتِ الإجارةُ)؛ لأنَّ المَعقودَ عليه قد فاتَ، وهي المنافعُ المَخصوصةُ قبلَ القَبضِ، فشابَهَ فَوْتَ المَبيعِ قبلَ القَبضِ، وموتَ العبدِ المُستأجَرِ.

ومِن أصحابِنا مَن قال: إنَّ العقدَ لا يَنفسِخُ؛ لأنَّ المنافعَ قد فاتَتْ على وَجهٍ يُتَصَوَّرُ عَودُها، فأشبَهَ الإباقَ في البيعِ قبلَ القَبضِ.

وعن محمد: أنَّ الآجِرَ لو بناها ليس لِلمُستأجِرِ أن يَمتَنِعَ ولا الآجِرُ، وهذا تَنصيصٌ منه على أنَّه لم يَنفسِخْ، لكنَّه يُفسَخُ.

(ولوِ انقطَعَ ماءُ الرَّحَى، والبيتُ مِمَّا يُنتَفَعُ به لِغَيرِ الطَّحنِ، فَعَلَيهِ من الأجرِ بِحِصَّتِهِ)؛ لأنَّه جزءٌ من المَعقودِ عليه.

قال: (وإذا ماتَ أحَدُ المُتعاقِدَينِ وقد عَقَدَ الإجارةَ لِنَفسِهِ، انفَسَخَتْ)؛ لأنَّه

وإنْ عَقَدَها لِغَيرِهِ لم تَنفَسِخْ. ويَصحُّ شَرْطُ الخيارِ في الإجارةِ. وتُفسَخُ الإجارةُ بالأعذارِ، ....

لو بقيَ العقدُ تَصيرُ المَنفعَةُ المَملوكةُ له، أو الأجرةُ المَملُوكةُ له لِغَيرِ العاقِدِ مُستحقَّةً بالعقدِ؛ لأنَّه يَنتقِلُ بالموتِ إلى الوارِثِ، وذلك لا يجوزُ.

(وإنْ عَقَدَها لِغَيرِهِ لم تَنفَسِخْ)، مِثلُ الوكيلِ والوَصيِّ والمُتولِّي في الوقف؛ لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى.

قال: (ويَصحُّ شَرْطُ الخيارِ في الإجارةِ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: لا يصحُّ؛ لأنَّ المُستأجِرَ لا يُمكِنُهُ رَدُّ المَعقودِ عليه بِكَمالِهِ لو كان الخيارُ له؛ لِفَواتِ بَعضِهِ، ولو كان لِلمُؤجِّر فلا يُمكِنُه التَّسليمُ أيضاً على الكمال، وكلُّ ذلك يَمنَعُ الخيارَ.

ولنا: أنَّه عقدُ مُعامَلَةٍ لا يُستَحَقُّ القبضُ فيه في المجلِسِ، فجاز اشتراطُ الخيارِ فيه كالبيع، والجامعُ بينهما دَفْعُ الحاجةِ، وفَواتُ بعضِ المَعقودِ عليه في الإجارةِ لا يَمنَعُ الرَّدَّ بخيارِ العَيبِ، فكذا بخيارِ الشَّرطِ، بخلاف البيعِ.

وهذا[2]؛ لأنَّ ردَّ الكلِّ مُمكِنٌ في البيعِ دونَ الإجارةِ، فَيُشتَرَطُ فيه دُونَها، ولهذا يُجبَرُ المُستأجِرُ على القَبضِ إذا سَلَّمَ المُؤجِّرُ بعدَ مُضيِّ بعضِ المدَّةِ.

قال: (وتُفسَخُ الإجارةُ بالأعذارِ) عندنا. وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[3]: لا تُفسَخُ

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٦١) دار الفكر: (و) كذا (الإجارةُ) لا يثبتُ فيها الخيارُ في الأصحِّ؛ لأنَّها عقدُ غرر، إذ هو عقدٌ على معدوم، والخيارُ غررٌ فلا يُضمُّ غررٌ إلى غرر، ومقابلُ الأصحِّ يثبتُ فيها الخيار لأنَّها معاوضة.

قال القفال وطائفة: ومحلُّ الخلاف في إجارة العين، أمَّا إجارةُ الذِّمَّة فيثبت فيها الخيار قطعاً، كالسَّلم، والمعتمد الإطلاقُ. اهـ.

(٢) أي: الفرق بين البيع والإجارة. بناية.

(٣) قال النووي في الروضة (٤/ ٣١٠) الكتب العلمية: لا تنفسخُ الإجارةُ بالأعذار، سواء كانت إجارةَ عينٍ أو ذمَّةٍ، وذلك كما إذا استأجَرَ دابَّةً للسَّفر عليها فمَرِض، أو حانوتاً لحرفةٍ فَندِمَ أو هلكت آلاتُ تلك الحِرفة، أو حمَّاماً فتعذَّر الوقودُ، وكذا لو كان العذرُ للمؤجِّر، بأن مرِضَ وعجَزَ عن الخروج مع =

وهو كَمَنْ استأجَرَ حَدَّاداً لِيَقلَعَ ضِرْسَهُ لِوَجَعٍ به، فَسَكَنَ الوَجَعُ، أو استأجَرَ طَبَّاخاً لِيَطبُخَ له طعامَ الوَلِيمةِ، فاختَلَعَتْ منه، تُفسَخُ الإجارةِ، وكذا مَنِ استأجَرَ دُكَّاناً في السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فيه، فَذَهَبَ مالُهُ، وكذا مَنْ أجَّرَ دُكَّاناً أو داراً ثُمَّ أفلَسَ ولَزِمَتْهُ ديونٌ لا يَقدِرُ على قَضائِها إلَّا بِثَمَنِ ما أجَّرَ، فَسَخَ القاضي العَقْدَ وباعَها في الدُّيونِ. ....

إلَّا بالعيب؛ لأنَّ المنافعَ عنده بمنزلةِ الأعيانِ حتَّى يَجوزُ العقدُ عليها، فأشبَهَ البيعَ.

ولنا: أنَّ المنافعَ غيرُ مَقبوضةٍ، وهي المَعقودُ عليها، فصار العُذرُ في الإجارةِ كالعَيبِ قبلَ القَبضِ في البيعِ، فَتَنفسِخُ به، إذ المعنى يَجمَعُهما، وهو عَجزُ العاقدِ عن المُضيِّ في مُوجَبِهِ إلَّا بِتَحمُّلِ ضرَرٍ زائدٍ لم يُستَحَقَّ به، وهذا هو معنى العُذرِ عندنا.

(وهو كَمَنْ استأجَرَ حَدَّاداً لِيَقلَعَ ضِرْسَهُ لِوَجَعٍ به، فَسَكَنَ الوَجَعُ، أو استأجَرَ طَبَّاخاً لِيَطبُخَ له طعامَ الوَلِيمةِ، فاختَلَعَتْ منه، تُفسَخُ الإجارةِ)؛ لأنَّ في المُضيِّ عليه إلزامَ ضَرَرٍ زائدٍ لم يُستَحَقَّ بالعقدِ.

(وكذا مَنِ استأجَرَ دُكَّاناً في السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فيه، فَذَهَبَ مالُهُ، وكذا مَنْ أجَّرَ دُكَّاناً أو داراً ثمَّ أفلَسَ ولَزِمَتْهُ ديونٌ لا يَقدِرُ على قَضائِها إلَّا بِثَمَنِ ما أجَّرَ، فَسَخَ القاضي العَقْدَ وباعَها في الدُّيونِ)؛ لأنَّ في الجَرْيِ على مُوجَبِ العَقدِ إلزامَ ضررٍ زائدٍ لم يُستَحَقَّ بالعقدِ، وهو الحَبْسُ؛ لأنَّه قد لا يَصدُقُ على عَدَمِ مالٍ آخر.

ثمَّ قولُهُ: «فسَخَ القاضي العَقْدَ» إشارةٌ إلى أنَّه يَفتقِرُ إلى قضاءِ القاضي في النَّقضِ، وهكذا ذَكَرَ في الزِّياداتِ في عُذرِ الدَّينِ.

وقال في الجامع الصغير: وكلُّ ما ذَكَرْنا أنَّه عُذرٌ، فإنَّ الإجارةَ فيه تَنتَقِضُ، وهذا يدُلُّ على أنَّه لا يَحتاجُ فيه إلى قضاءِ القاضي.

= الدَّابَّة، أو أكرى دارَهُ وأهلُه مسافرون، فعادوا واحتاجَ إلى الدَّارِ، أو تأهَّل، فلا فسخ في شيءٍ منها، إذ لا خلل في المعقود عليه. اهـ.

ومَنِ استأجَرَ دابَّةً لِيُسافِرَ عليها، ثمَّ بَدَا له مِنَ السَّفرِ، فَهُو عُذرٌ، وإنْ بَدَا لِلمُكارِي فلَيسَ ذلك بِعُذرٍ. ولو مَرِضَ المُؤاجِرُ فقَعَدَ، فكذا الجوابُ. ومَنْ آجَرَ عَبْدَهُ، ثمَّ باعَهُ، فلَيسَ بِعُذرٍ. وإذا استأجَرَ الخيَّاطُ غُلاماً فأفلَسَ وترَكَ العَمَلَ، فهو العُذْرُ،

ووجهه: أنَّ هذا بمنزلةِ العيبِ قبلَ القَبضِ في المَبيعِ على ما مَرَّ، فَينفرِدُ العاقدُ بالفَسخِ.

ووجهُ الأوَّل: أنَّه فَصْلٌ مُجتَهَدٌ فيه، فلا بدَّ من إلزامِ القاضي.

ومنهم مَنْ وَفَّقَ فقال: إذا كان العُذرُ ظاهراً لا يَحتاجُ إلى القضاءِ؛ لِظُهورِ العُذرِ، وإن كان غيرَ ظاهرٍ كالدَّينِ يَحتاجُ إلى القضاءِ لِظُهورِ العُذرِ.

(ومَنِ استأجَرَ دابَّةً لِيُسافِرَ عليها، ثمَّ بَدَا له مِنَ السَّفرِ، فَهُو عُذرٌ)؛ لأنَّه لو مَضَى على مُوجَبِ العقدِ يَلزَمُهُ ضررٌ زائدٌ؛ لأنَّه ربَّما يذهبُ للحَجِّ فَذَهَبَ وقتُهُ، أو لِطَلَبِ غَريمِهِ فَحَضَرَ، أو للتِّجارةِ فافتَقَرَ.

(وإنْ بَدَا لِلمُكارِي فلَيسَ ذلك بِعُذرٍ)؛ لأنَّه يُمكِنُه أنْ يَقْعُدَ ويَبعَثَ الدَّوابَّ على يدِ تلميذِهِ أو أجيرِهِ.

(ولو مَرِضَ المُؤاجِرُ فقَعَدَ، فكذا الجوابُ) على رواية الأصل. وروى الكرخيُّ عن أبي حنيفة أنَّه عُذرٌ؛ لأنَّه لا يَعْرَى عن ضررٍ، فَيُدفَعُ عنه عندَ الضَّرورةِ دونَ الاختيارِ.

(ومَنْ آجَرَ عَبْدَهُ، ثمَّ باعَهُ، فلَيسَ بِعُذرٍ)؛ لأنَّه لا يَلزَمُهُ الضَّررُ بالمُضيِّ على مُوجَبِ العقدِ، وإنَّما يَفوتُهُ الاسترباحُ، وأنَّه أمرٌ زائدٌ.

(وإذا استأجَرَ الخيَّاطُ غُلاماً فأفلَسَ وترَكَ العَمَلَ، فهو العُذْرُ)؛ لأنَّه يَلزَمُهُ الضَّررُ بالمُضيِّ على مُوجَبِ العقدِ؛ لِفَواتِ مَقصودِهِ وهو رأسُ مالِهِ.

وتأويلُ المسألةِ خيَّاطٌ يعمَلُ لِنَفسِهِ، أمَّا الذي يَخيطُ بِأجرٍ فرأسُ مالِهِ الخَيطُ والمِخيَطُ والمِقراضُ، فلا يتحقَّقُ الإفلاسُ فيه.

وإنْ أرادَ تَرْكَ الخياطةِ، وأنْ يَعمَلَ في الصَّرْفِ فَلَيسَ بِعُذرٍ. ومَنِ استأجَرَ غُلاماً يَخدُمُهُ في المِصْرِ، ثمَّ سافَرَ، فهو عُذرٌ، وكذا إذا أطلَقَ.

(وإنْ أرادَ تَرْكَ الخياطةِ، وأنْ يَعمَلَ في الصَّرْفِ فَلَيسَ بِعُذرٍ)؛ لأنَّه يُمكِنُه أن يَقعُدَ الغلامُ للخياطةِ في ناحيةٍ، وهو يَعمَلُ في الصَّرفِ في ناحيةٍ، وهذا بخلاف ما إذا استأجَرَ دُكَّاناً للخياطة، فأراد أن يَترُكَها ويَشتغِلَ بعملٍ آخَرَ، حيثُ جَعَلَهُ عُذراً، ذكَرَه في الأصل؛ لأنَّ الواحدَ لا يُمكِنُه الجمعُ بين العَمَلَين، أمَّا هاهنا العاملُ شَخصانِ، فأمكَنَهما.

(ومَنِ استأجَرَ غُلاماً يَخدُمُهُ في المِصْرِ، ثمَّ سافَرَ، فهو عُذرٌ)؛ لأنَّه لا يَعْرَى عن إلزامِ ضَرَرٍ زائدٍ؛ لأنَّ خِدمةَ السَّفَرِ أشقُّ، وفي المَنعِ من السَّفَرِ ضررٌ، وكلُّ ذلك لم يُستَحَقَّ بالعقد، فيكون عذراً.

(وكذا إذا أطلَقَ) لِما مرَّ أنَّه يتقيَّدُ بالحَضَر، بخلاف ما إذا آجَرَ عقاراً ثمَّ سافَرَ؛ لأنَّه لا ضرَرَ إذِ المُستأجِرُ يُمكِنُه استيفاءُ المَنفعةِ من المَعقودِ عليه بعدَ غَيبتِهِ، حتَّى لو أراد المُستأجِرُ السَّفرَ فهو عُذرٌ لِما فيه مِنَ المَنعِ من السَّفرِ، أو إلزامِ الأجرِ بدونِ السُّكنى، وذلك ضررٌ.

مسائل منثورة

ومَنِ استأجَرَ أرضاً أوِ استعارَها، فَأحْرَقَ الحَصائِدَ، فاحتَرَقَ شيءٌ من أرضٍ أخرى، فلا ضَمانَ عليه. وإذا أقْعَدَ الخيَّاطُ أو الصَّبَّاغُ في حانوتِهِ مَنْ يَطرَحُ عليه العَمَلَ بالنِّصفِ، فهو جائزٌ. ومَنِ استأجَرَ جَمَلاً لِيَحمِلَ عليه مَحمِلاً وراكِبَينِ إلى مَكَّةَ، جازَ، وله المَحمِلُ المُعتادُ، ....

(مسائل منثورة)

قال: (ومَنِ استأجَرَ أرضاً أوِ استعارَها، فَأحرَقَ الحَصائِدَ، فاحتَرَقَ شيءٌ من أرضٍ أخرى، فلا ضَمانَ عليه)؛ لأنَّه غيرُ مُتعَدٍّ في هذا التَّسبيبِ، فأشبَهَ حافِرَ البِئرِ في دار نفسِهِ.

وقيل: هذا إذا كانتِ الرِّياحُ هادئةً ثمَّ تغيَّرتْ، أمَّا إذا كانت مُضطربةً يَضمَنُ؛ لأنَّ مُوقِدَ النَّار يعلمُ أنَّها لا تَستقِرُّ في أرضِهِ.

قال: (وإذا أقْعَدَ الخيَّاطُ أو الصَّبَّاغُ في حانوتِهِ مَنْ يَطرَحُ عليه العَمَلَ بالنِّصفِ، فهو جائزٌ)؛ لأنَّ هذه شركةُ الوجوهِ في الحقيقة، فهذا بِوَجاهتِهِ يَقبلُ وهذا بِحَذاقتِهِ يَعمَلُ، فَيَنتظِمُ بذلك المَصلَحَةُ فلا تَضرُّهُ الجَهالةُ فيما يَحصُلُ.

قال: (ومَنِ استأجَرَ جَمَلاً لِيَحمِلَ عليه مَحمِلاً[1] وراكِبَينِ إلى مَكَّةَ، جازَ، وله المَحمِلُ المُعتادُ)، وفي القياس لا يَجوزُ، وهو قولُ الشَّافعيِّ[2] لِلجَهالةِ، وقد يُفضِي ذلك إلى المنازعة.

وجهُ الاستحسان: أنَّ المقصودَ هو الرَّاكبُ، وهو معلومٌ، والمَحمِلُ تابعٌ، وما فيه من الجَهالةِ يَرتفِعُ بالصَّرفِ إلى المُتعارَفِ، فلا يُفضِي ذلك إلى المنازعة،

---

(١) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، أو على العكس، الهَودَجُ الكبيرُ الحَجَّاجي. مغرب.

(٢) قال في المجموع (١٥/ ٢٠) دار الفكر: ويُشترطُ في إجارةِ دابَّةٍ لركوبٍ معرفةُ الرَّاكبِ بمشاهدةٍ أو وصفٍ تامٍّ، وقيل: لا يكفي الوصف، وكذا الحكمُ فيما يُركَب عليه من مَحمِلٍ وغيره إن كان له، أي: إن كان للمكتري مَحمِلٌ. اهـ بزيادة.

وإنْ شاهَدَ الجَمَّالُ المَحمِلَ فهو أجودُ. وإنِ استأجَرَ بعيراً لِيَحمِلَ عليه مِقداراً مِنَ الزَّادِ، فأكَلَ منه في الطَّريقِ جازَ لَهُ أنْ يَرُدَّ عِوَضَ ما أكَلَ، وكذا غيرُ الزَّادِ مِنَ المَكيلِ والمَوزُونِ.

وكذا إذا لم يَرَ الوِطاءَ والدُّثُرَ[1].

قال: (وإنْ شاهَدَ الجَمَّالُ المَحمِلَ فهو أجودُ)؛ لأنَّه أنفى لِلجَهالةِ وأقرَبُ إلى تَحقُّقِ الرِّضا.

قال: (وإنِ استأجَرَ بعيراً لِيَحمِلَ عليه مِقداراً مِنَ الزَّادِ، فأكَلَ منه في الطَّريقِ جازَ لَهُ أنْ يَرُدَّ عِوَضَ ما أكَلَ)؛ لأنَّه استَحَقَّ عليه حَمْلاً مُسمًّى في جميع الطَّريقِ، فله أن يَستوفِيَهُ، (وكذا غيرُ الزَّادِ مِنَ المَكيلِ والمَوزُونِ).

وردُّ الزَّادِ مُعتادٌ عندَ البعضِ[2]، كرَدِّ الماءِ، فلا مانعَ من العَمَلِ بالإطلاق.

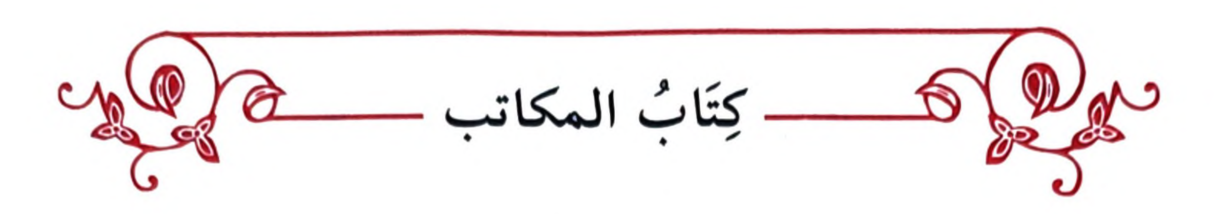


---

(١) «الوِطاء» الفراش، و«الدُّثُر» جمع دِثار، وهو ما يلقى عليكَ من كساءٍ أو غيره. عناية.

(٢) جوابٌ عمَّا يقال: مُطلَقُ العقدِ يَنصرِفُ إلى المُتعارَف، ومن عادةِ المسافرين أنَّهم يأكلونَ من الزَّادِ ولا يَردُّون شيئاً مكانَهُ.
ووجهه: أنَّ العرفَ مُشترَكٌ فإنَّه مُعتادٌ عند البعض كَرَدِّ الماء، والعرفُ المُشترَكُ لا يَصلُحُ مُقيَّداً، فلا مانعَ من العمل بالإطلاق، وهو أنَّهما أطلقا العقدَ على حَملِ قَدْرٍ مَعلوم في مسافة معلومةٍ، ولم يُقيَّد بعدمِ ردِّ ما نَقَصَ من المَجهول، فوجب جوازُ ردِّ قَدرِ ما نَقَصَ عملاً بالإطلاق، وهو عدَمُ المانع، والله أعلم. عناية.

كتاب المكاتب



كِتَابُ المكاتب

وإذا كاتَبَ المَولَى عَبْدَهُ أو أَمَتَهُ على مالٍ شَرَطَهُ عليه، وقَبِلَ العبدُ ذلك، صارَ مُكاتَباً.

(كتاب المكاتب)

قال: (وإذا كاتَبَ المَولَى عَبْدَهُ أو أَمَتَهُ على مالٍ شَرَطَهُ عليه، وقَبِلَ العبدُ ذلك، صارَ مُكاتَباً).

أَمَّا الجوازُ فلقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[النُّور: ٣٣]، وهذا ليس أمرَ إيجابٍ بإجماعِ بين الفقهاء، وإنَّما هو أمرُ نَدْبٍ، هو الصَّحيح. وفي الحَمْلِ على الإباحةِ إلغاءُ الشَّرطِ، إذْ هو مباحٌ بِدُونِهِ، أمَّا النَّدبيَّةُ فمُعلَّقةٌ به.

والمرادُ بالخبر المذكورِ - على ما قيل - أنْ لا يَضُرَّ بالمسلمين بعد العِتْقِ، فإنْ كان يَضرُّ بهم فالأفضلُ أنْ لا يُكاتِبَهُ وإنْ كان يصحُّ لو فعلَه.

وأمَّا اشتراطُ قَبولِ العبدِ، فلأنَّه مالٌ يَلزَمُهُ فلا بدَّ من التزامِهِ.

ولا يَعتِقُ إلَّا بأداءِ كلِّ البدلِ؛ لقوله ﷺ: «أيُّما عبدٍ كُوتِبَ على مائةِ دينارٍ، فأدَّاها إلَّا عشرةَ دنانير، فهو عبدٌ»[1]، وقال ﷺ: «المُكاتَبُ عبدٌ ما بَقِي عليه دِرهمٌ»[2].

---

(١) أخرج أحمد (٢/ ٢٠٩) (٦٩٤٩)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى (١٢٦٠)، وابن ماجه في العتق، باب: المكاتب (٢٥١٩)، وأبو داود في العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٧) عن عمرو بن شُعيب عن أبيه عن جدِّه: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «أيُّما عبدٍ كاتَبَ على مائةِ أوقيَّةٍ، فأدَّاها إلَّا عشرةَ أواقٍ، فهو عبدٌ. وأيُّما عبدٍ كاتَبَ على مائةِ دينارٍ، فأدَّاها إلَّا عشرةَ دنانير فهو عبدٌ»، واللَّفظ لأبي داود.

(٢) أخرجه أبو داود باختلاف يسير، في العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٦) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «المُكاتَبُ عبدٌ ما بقي عليه من كتابتِهِ درهمٌ».

وَيَجُوزُ أنْ يَشتَرِطَ المالَ حالاً، وَيَجوزُ مُؤجَّلاً ومُنَجَّماً. ....

وفيه اختلافُ الصَّحابةِ رضي الله عنهم، وما اخترناه قولُ زيدِ بنِ ثابت رضي الله عنه.

ويَعتِقُ بأدائِهِ وإنْ لم يَقُلِ المولى: «إذا أدَّيتَها فأنت حُرٌّ»؛ لأنَّ مُوجَبَ العقدِ يَثبُتُ من غيرِ التَّصريحِ به، كما في البيعِ، ولا يَجِبُ حطُّ شيءٍ من البدلِ اعتباراً بالبيع.

قال: (وَيَجُوزُ أنْ يَشتَرِطَ المالَ حالاً، وَيَجوزُ مُؤجَّلاً ومُنَجَّماً).

وقال الشَّافعي رحمه الله[1]: لا يجوزُ حالاً ولا بدَّ من نجمين؛ لأنَّه عاجزٌ عن التَّسليم في زمانٍ قليلٍ؛ لعدَمِ الأهليَّةِ قبلَهُ لِلرِّقِّ[2]، بخلافِ السَّلَمِ على أصلِهِ؛ لأنَّه أهلٌ للمِلكِ، فكان احتمالُ القدرةِ ثابتاً، وقد دَلَّ الإقدامُ على العَقدِ عليها، فَيَثبُتُ بِهِ.

ولنا: ظاهرُ ما تَلَونا من غيرِ شَرطِ التَّنجيم، ولأنَّه عقدُ مُعاوَضةٍ، والبَدَلُ معقودٌ به، فأشبَهَ الثَّمنَ في البيع في عَدَمِ اشتراطِ القُدرةِ عليه.

بخلافِ السَّلمِ على أصلنا؛ لأنَّ المُسلَمَ فيه معقودٌ عليه، فلا بدَّ من القُدرةِ عليه، ولأنَّ مَبنَى الكتابةِ على المُساهَلَةِ فَيُمهِلُه المولى ظاهراً، بخلافِ السَّلَمِ لأنَّ مَبناهُ على المُضايَقةِ، وفي الحالِّ كما امتنَع من الأداءِ يُرَدُّ إلى الرِّقِّ.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٦٥٦/٤) دار الفكر: (وشرطُ العِوَضِ) في الكتابة:
- (كونُهُ دَيناً) نقداً كان أو عِوَضاً موصوفاً بصفات السَّلم (مُؤجَّلاً) لِيُحصِّله ويؤدِّيه، فلا تصحُّ بالحال؛ لأنَّ الكتابة عقدٌ خالف القياس في وَصفِه واتُّبع فيه سَنَنَ السَّلف. واختار ابن عبد السلام والروياني في حِليته جوازَ الحلول.
- (ومُنجَّماً بِنَجمين فأكثر)؛ لأنَّه المأثور عن الصَّحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم، ولو جازت على أقلَّ من نجمين لفعلوه. اهـ مختصراً.

(٢) أي: لعدمِ أهليَّةِ الملكِ قبلَ عَقدِ الكتابةِ لأجل الرِّقِّ؛ لأنَّه كان مملوكاً لا يقدرُ على شيء، وفي زمنٍ يسيرٍ لا تثبُتُ القدرةُ عادةً على كَسبِ المالِ الكثير. بناية.

وتَجوزُ كتابةُ العَبدِ الصَّغيرِ إذا كانَ يَعقِلُ الشِّراءَ والبيعَ. ومَنْ قال لِعَبدِهِ: «جَعلتُ عليكَ ألفاً تُؤدِّيها إليَّ نُجُوماً، أوَّلُ النَّجمِ كذا وآخِرُهُ كذا، فإذا أدَّيتَها فأنتَ حُرٌّ، وإنْ عَجَزتَ فأنتَ رَقيقٌ» فإنَّ هذه مُكاتبَةٌ. ....

قال: (وتَجوزُ كتابةُ العَبدِ الصَّغيرِ إذا كانَ يَعقِلُ الشِّراءَ والبيعَ)؛ لِتحقُّقِ الإيجابِ والقَبولِ، إذِ العاقلُ من أهلِ القَبولِ، والتَّصرُّفُ نافعٌ في حقِّه.

والشَّافعيُّ يُخالِفنا فيه[1]، وهو بناءٌ على مسألةِ إذنِ الصَّبيِّ في التِّجارة، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ؛ لأنَّ القَبولَ لا يتحقَّقُ منه فلا يَنعقِدُ العقدُ، حتَّى لو أدَّى عنه غيرُهُ لا يَعتِقُ، ويَستردُّ ما دَفَع.

قال: (ومَنْ قال لِعَبدِهِ: «جَعلتُ عليكَ ألفاً تُؤدِّيها إليَّ نُجُوماً، أوَّلُ النَّجم كذا وآخِرُهُ كذا، فإذا أدَّيتَها فأنتَ حُرٌّ، وإنْ عَجَزتَ فأنتَ رَقيقٌ» فإنَّ هذه مُكاتَبَةٌ)؛ لأنَّه أتى بتفسير الكتابة.

ولو قال: «إذا أدَّيتَ إليَّ ألفاً، كلَّ شَهرٍ مائةٌ، فأنتَ حُرٌّ» فهذه مكاتبةٌ في روايةِ أبي سُليمان؛ لأنَّ التَّنجيمَ يدلُّ على الوجوبِ، وذلك بالكتابة[2].

وفي نُسَخِ أبي حَفص: لا تكونُ مُكاتبَةً اعتباراً بالتَّعليقِ بالأداء مرَّةً[3].

---

(١) من أركانِ الكتابةِ المكاتبُ، قال النووي في الروضة (٨/ ٤٦٦) الكتب العلمية: الرُّكنُ الرَّابع: المكاتب، وشرطُهُ كونُهُ مكلَّفاً مختاراً، فلا تصحُّ كتابةُ مجنونٍ، ولا صبيٍّ وإن كان مُميِّزاً، ولا مُكرَهٍ. ولو كاتب البالغَ لنفسِهِ ولأولاده الصِّغارِ، لم يصحَّ لهم. اهـ.

(٢) أي: وجوبُ الدَّين للمولى على العبد لا يكونُ إلَّا بِعَقدِ الكتابةِ.

(٣) يعني: إذا قال: «إن أدَّيتَ إليَّ ألفاً» لا تكونُ كتابةً، ويكونُ تعليقَ الحرِّيَّةِ بالشَّرطِ، ولا يلزمُ قبولَ العبد. والتَّنجيمُ لا يدلُّ على الكتابة لصحَّتها بدونه، كما في الكتابة الحالَّة.
والتَّفاوتُ بين روايةِ أبي حفصٍ وأبي سليمانَ، أنَّ العبدَ إذا أدَّى الألفَ مرَّةً لا يعتقُ على روايةِ أبي حفصٍ؛ لأنَّ الشَّرطَ أن يؤدِّيَ كلَّ شهرٍ مائة، وعلى الرِّواية الأخرى يعتق؛ لأنه أدَّى بدلَ الكتابة. بناية.

وإذا صَحَّتِ الكتابةُ خَرَجَ المُكاتَبُ عن يَدِ المَولَى، ولم يَخرُجْ عن مِلكِهِ، فإنْ أعتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ وسَقَطَ عنه بَدَلُ الكتابةِ. وإذا وَطِئَ المَولَى مُكاتَبَتَهُ لَزِمَهُ العُقْرُ وإنْ جَنَى عليها، أو على وَلَدِها لَزِمَتْهُ الجِنايةُ، وإنْ أتلَفَ مالاً لها غَرِمَ .

قال: (وإذا صَحَّتِ الكتابةُ خَرَجَ المُكاتَبُ عن يَدِ المَولَى، ولم يَخرُجْ عن مِلكِهِ).

أمَّا الخروجُ من يَدِهِ فَلِتَحقيق معنى الكتابةِ، وهو الضَّمُّ، فَيَضُمُّ مالكيَّةَ يَدِهِ إلى مالكيَّةِ نفسِهِ، أو لِتَحقيق مَقصودِ الكتابةِ، وهو أداءُ البَدلِ، فيملِكُ البيعَ والشِّراءَ والخُروجَ إلى السَّفرِ وإن نَهاهُ المَولى.

وأمَّا عدمُ الخروجِ عن مِلكِهِ فَلِما روينا[١]، ولأنَّه عقدُ مُعاوَضةٍ ومَبناهُ على المُساواة، ويَنعدِمُ ذلك بِتَنجُّزِ العِتْقِ، ويَتحقَّقُ بِتأخُّرِهِ؛ لأنَّه يَثبُتُ له نوعُ مالكيَّةٍ، ويَثبُتُ له في الذِّمَّةِ[٢] حقٌّ من وجهٍ.

(فإنْ أعتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ)؛ لأنَّه مالِكٌ لِرَقبتِهِ، (وسَقَطَ عنه بَدَلُ الكتابةِ)؛ لأنَّه ما التَزَمَه[٣] إلَّا مُقابَلاً بحصولِ العِتقِ به، وقد حَصَلَ دونه.

قال: (وإذا وَطِئَ المَولَى مُكاتَبَتَهُ لَزِمَهُ العُقْرُ)؛ لأنَّها صارت أخَصَّ بأجزائها تَوسُّلاً إلى المَقصودِ بالكتابة، وهو الوصولُ إلى البَدلِ من جانبِهِ، وإلى الحرِّيَّةِ من جانِبِها بناءً عليه، ومَنافِعُ البُضعِ مُلحَقَةٌ بالأجزاء والأعيان.

(وإنْ جَنَى عليها، أو على وَلَدِها لَزِمَتْهُ الجِنايةُ) لِما بيَّنَّا[٤].

(وإنْ أتلَفَ مالاً لها غَرِمَ)؛ لأنَّ المَولَى كالأجنبيِّ في حقِّ أكسابِها ونَفسِها، إذ لو لم يُجعَلْ كذلك لأتلَفَه المَولَى فَيمتنِعُ حُصولُ الغَرضِ المُبتَغَى بالعقد، واللهُ أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: من قوله ﷺ: «المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم»، انظر ص (٦٩١).

(٢) أي: ويثبتُ للمولى في ذمَّةِ المكاتَبِ حقٌّ. بناية.

(٣) أي: لأنَّ المكاتَب ما التزم بدل الكتابة إلا مقابَلاً بِحُصولِ العِتقِ له.

(٤) أشار إلى قوله: «لأنَّها صارت أخَصَّ بأجزائها».

فصل في الكتابة الفاسدة

وإذا كاتَبَ المُسلِمُ عَبْدَهُ على خَمرٍ أو خِنزيرٍ أو على قِيمَةِ نَفسِهِ، فالكتابةُ فاسدةٌ، فإنْ أدّى الخَمْرَ عَتَقَ، ....

(فصل في الكتابة الفاسدة)

قال: (وإذا كاتَبَ المُسلِمُ عَبْدَهُ على خَمرٍ أو خِنزيرٍ أو على قِيمَةِ نَفسِهِ، فالكتابةُ فاسدةٌ).

أمَّا الأوَّل: فلأنَّ الخَمرَ والخِنزيرَ لا يَستحِقُّهُ المسلمُ؛ لأنَّه ليس بمالٍ في حقِّه، فلا يَصلُحُ بدلاً، فَيَفسُدُ العَقدُ.

وأمَّا الثَّاني: فلأنَّ القيمةَ مجهولةٌ قَدْراً وجِنساً ووَصْفاً، فَتَفاحَشَتِ الجَهالةُ، وصار كما إذا كاتَبَ على ثَوبٍ أو دابَّةٍ، ولأنَّه تنصيصٌ على ما هو مُوجَبُ العَقدِ الفاسِدِ؛ لأنَّه مُوجِبٌ للقيمةِ.

قال: (فإنْ أدَّى الخَمْرَ عَتَقَ)، وقال زفر: لا يَعتِقُ إلَّا بأداءِ قيمةِ نفسِهِ؛ لأنَّ البدلَ هو القيمةُ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّه يَعتِقُ بأداءِ الخَمرِ؛ لأنَّه بدَلٌ صورةً، ويَعتِقُ بأداءِ القيمةِ أيضاً؛ لأنَّه هو البدَلُ معنىً.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنَّه إنَّما يَعتِقُ بأداءِ عَينِ الخَمرِ إذا قال: «إنْ أدَّيتَها فأنتَ حُرٌّ»؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ العِتقُ بالشَّرطِ لا بِعَقدِ الكتابةِ، وصار كما إذا كاتَبَ على مَيتةٍ أو دمٍ[1]، ولا فَصْلَ في ظاهرِ الرِّوايةِ[2].

ووجهُ الفَرقِ بينهما وبينَ المَيتةِ: أنَّ الخمرَ والخنزيرَ مالٌ في الجملةِ، فأمكَنَ اعتبارُ معنى العقدِ فيهما، ومُوجَبُهُ العِتقُ عندَ أداءِ العِوَضِ المَشرُوطِ. وأمَّا الميتةُ

---

(١) فإنَّه لا يَعتِقُ بتسليم عين الدَّمِ والميتةِ، إلَّا إذا قال: «إن أدَّيتَ إليَّ فأنت حُرٌّ». عناية.

(٢) يعني: بأداءِ الخَمرِ، سواءٌ كان في العقدِ «إن أدَّيتَ الخمرَ فأنت حرٌّ» او لم يقل ذلك. بناية.

وإذا عَتَقَ بأداءِ عَيْنِ الخَمرِ لَزِمَهُ أنْ يَسْعَى في قِيمَتِهِ ولا يَنقُصُ عن المُسَمَّى، ويُزادُ عليه. وكذلكَ إنْ كاتَبَهُ على شيءٍ بِعَينِهِ لِغَيرِهِ، لم يَجُزْ. ....

فليست بمالٍ أصلاً، فلا يُمكِنُ اعتبارُ معنى العَقدِ فيه، فاعتُبِرَ فيه مَعنى الشَّرطِ، وذلك بالتَّنصيص عليه.

(وإذا عَتَقَ بأداءِ عَيْنِ الخَمرِ لَزِمَهُ أنْ يَسْعَى في قِيمَتِهِ)؛ لأنَّه وجَبَ عليه رَدُّ رَقبتِهِ لفسادِ العقدِ، وقد تعذَّرَ بالعتقِ، فيجبُ ردُّ قيمتِهِ، كما في البيعِ الفاسِدِ إذا تَلِفَ المَبيعُ. قال: (ولا يَنقُصُ عن المُسَمَّى، ويُزادُ عليه)؛ لأنَّه عقدٌ فاسدٌ، فتجبُ القيمةُ عندَ هَلاكِ المُبدَلِ بالغةً ما بلَغَتْ، كما في البيع الفاسِدِ، وهذا لأنَّ المَولى ما رَضِيَ بالنُّقصانِ والعبدُ رضي بالزِّيادة كي لا يَبطُلَ حقُّه في العِتْقِ أصلاً، فَتَجِبُ قيمتُهُ بالغةً ما بلغت.

وفيما إذا كاتَبَهُ على قيمتِهِ يَعتِقُ بأداءِ القيمةِ؛ لأنَّه هو البدل، وأمكَنَ اعتبارُ معنى العَقدِ فيه[1]، وأثَرُ الجَهالةِ في الفَسادِ[2].

بخلافِ[3] ما إذا كاتبَهُ على ثوبٍ، حيثُ لا يَعتِقُ بأداءِ ثَوبٍ؛ لأنَّه لا يُوقَفُ فيه على مُرادِ العاقِدِ؛ لاختلافِ أجناسِ الثَّوبِ، فلا يَثبُتُ العِتقُ بدون إرادتِهِ.

قال: (وكذلكَ إنْ كاتَبَهُ على شيءٍ بِعَينِهِ لِغَيرِهِ، لم يَجُزْ)؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على تَسليمِهِ. ومرادُهُ شيءٌ يَتعيَّنُ بالتَّعيين، حتَّى لو قال: «كاتبتُكَ على هذه الألفِ

---

(١) أي: أمكَنَ اعتبارُ معنى عقدِ الكتابةِ في أداءِ قيمته. وذلك بأن يؤدِّي ما لا يختلف المقومون فيه، بأن يقوِّمَ أحَدُهم بثلاثين، والآخر بخمسةٍ وثلاثين، وثالث بأربعين، فلمَّا لم يجاوز أحدهم الأربعين، وقد أدَّى الأربعين، يكون قد أدَّى قيمَتَه. بناية بتصرف.

(٢) أي: أثرُ الجَهالةِ في القيمةِ يَظهَرُ فسادِ العقد، لا في البطلان، كما هو الحالُ في البيع، فإنَّ الجهالةَ في القيمةِ تُفسدُ البيعَ ولا تُبطله. وهذا جواب عمَّا يقال: القيمةُ مجهولةٌ، فكانَ الواجبُ أن يُقيِّدَ البُطلانُ، ولا يَعتِقَ بأداء القيمة.

(٣) هذا جواب عن سؤال تقديره: الكتابةُ على ثَوبٍ كالكتابة على قيمةِ العبدِ، فكان ينبغي أن يَعتِقَ بأداءِ ثَوبٍ كما عَتَقَ بأداءِ القيمة.

الدَّراهِم» وهي لِغَيرِهِ جازَ؛ لأنَّها لا تتعيَّنُ في المُعاوَضاتِ، فَيَتعلَّقُ بدراهمِ دَينٍ في الذِّمَّةِ، فيجوزُ.

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في روايةِ الحسن أنَّه يجوزُ، حتَّى إذا مَلَكَه وسَلَّمَه يَعتِقُ، وإنْ عَجَزَ يُرَدُّ في الرِّقِّ لأنَّ المُسمَّى مالٌ، والقدرةُ على التَّسليمِ مَوهومَةٌ، فأشبَهَ الصَّداقَ[١].

قلنا[٢]: إنَّ العينَ في المُعاوضاتِ مَعقودٌ عليه، والقدرةُ على المَعقودِ عليه شرطٌ لِلصِّحَّةِ إذا كان العقدُ يَحتمِلُ الفسخَ كما في البيع، بخلافِ الصَّداقِ في النِّكاح؛ لأنَّ القدرةَ على ما هو المَقصودُ[٣] بالنِّكاح ليس بشرطٍ، فعلى ما هو تابعٌ فيه[٤] أولى.

فلو أجازَ صاحبُ العينِ ذلك، فعن محمَّد أنَّه يجوزُ؛ لأنَّه يجوزُ البيعُ عند الإجازةِ، فالكتابةُ أولى.

وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يجوزُ اعتباراً بحالِ عدَمِ الإجازةِ على ما قال في الكتاب[٥]، والجامعُ بينهما[٦] أنَّه[٧] لا يفيدُ مِلكَ المَكاسِبِ، وهو المقصودُ؛ لأنَّها[٨] تَثبُتُ للحاجةِ إلى الأداءِ منها[٩]، ولا حاجةَ فيما إذا كان البدلُ عيناً

---

(١) أي: أشبه بدلُ الكتابة من مال الغير فأشبه ما إذا تزوَّجَ امرأةً على عبدِ غيرِهِ، فإنَّ التَّسميةَ صحيحةٌ، حتَّى لو لم يُجِزِ المالكُ رجعتْ على الزَّوجِ بقيمةِ العبدِ لا بِمَهرِ المثلِ، ولو فسَدَتِ لَرَجَعتْ بمهر المثلِ، والجامعُ كونُ كلِّ واحدٍ منهما عِوَضَ ما ليس بمال. عناية.

(٢) أي: في بيان وجه ظاهر الرِّواية.

(٣) وهو التَّوالدُ والتَّناسل. عناية.

(٤) وهو الصَّداق.

(٥) أي: في الجامع الصَّغير، أشار به إلى قوله: «وكذلك إن كاتبَه على شيءٍ بعينه لغيره لم يجز». عناية.

(٦) بين ما أجازَهُ المالِكُ وبينَ ما لم يُجِزْه. عناية.

(٧) أي: عقدُ الكتابة.

(٨) أي: الكتابة. بناية.

(٩) أي: من المَكاسِب.

وإذا كاتَبَهُ على مائةِ دينارٍ على أنْ يَرُدَّ المَولَى إليه عبداً بِغَيرِ عَينِهِ، فالكتابةُ فاسِدَةٌ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هي جائزةٌ، ويَقسِمُ المائةَ الدِّينارِ على قِيمَةِ المُكاتَبِ وعلى قِيمَةِ عَبدٍ وَسَطٍ، فَتَبطُلُ منها حِصَّةُ العبدِ، فيكونُ مُكاتَباً بِما بقي.

معيَّناً، والمسألةُ فيه على ما بيَّنَّاه[١].

وعن أبي يوسف: أنَّه يجوزُ أجازَ ذلك أو لم يُجِزْ، غيرَ أنَّه عندَ الإجازةِ يجبُ تَسليمُ عَينِهِ، وعند عَدَمِها يجبُ تَسليمُ قِيمَتِهِ كما في النِّكاح، والجامعُ بينهما صحَّةُ التَّسميةِ لكونه مالاً.

ولو مَلَكَ المُكاتَبُ ذلك العَيْنَ: فعن أبي حنيفةَ رواه أبو يوسف أنَّه إذا أدَّاهُ لا يَعتِقُ، وعلى هذه الرِّوايةِ لم يَنعقِدِ العقدُ إلَّا إذا قال له: «إذا أدَّيتَ إليَّ فأنتَ حُرٌّ» فحينئذٍ يَعتِقُ بِحُكمِ الشَّرطِ، وهكذا عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ.

وعنه[٢]: أنَّه يَعتِقُ قالَ ذلك أو لم يَقُلْ؛ لأنَّ العقدَ يَنعقِدُ مع الفَسادِ؛ لِكَونِ المُسمَّى مالاً، فَيَعتِقُ بأداءِ المَشروطِ.

ولو كاتَبه على عينٍ في يدِ المُكاتَبِ[٣] ففيه روايتان، وهي مسألةُ الكتابةِ على الأعيان[٤]، وقد عُرِف ذلك في الأصل، وقد ذكرنا وجهَ الرِّوايتَينِ في كفاية المنتهي.

قال: (وإذا كاتَبَهُ على مائةِ دينارٍ على أنْ يَرُدَّ المَولَى إليه عبداً بِغَيرِ عَينِهِ، فالكتابةُ فاسِدَةٌ عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هي جائزةٌ، ويَقسِمُ المائةَ الدِّينارِ على قِيمَةِ المُكاتَبِ وعلى قِيمَةِ عَبدٍ وَسَطٍ، فَتَبطُلُ منها حِصَّةُ العبدِ، فيكونُ مُكاتَباً بِما بقي)؛ لأنَّ العبدَ المُطلَقَ يَصلُحُ بدَلَ الكتابةِ، ويَنصرِفُ إلى الوَسَطِ،

---

(١) أشار إلى قوله: «ومرادُهُ شيءٌ يتعيَّنُ بالتعيين». بناية.

(٢) أي: عن أبي يوسف.

(٣) أي: بأن كان المكاتَبُ مأذوناً في التِّجارة. والمرادُ عينٌ معيَّنٌ سوى الدَّراهم والدَّنانير. بناية.

(٤) وهي التي ذُكِرَت في قوله: «وكذلك إن كاتَبَه على شيءٍ بعينه لغيره لم يجز». عناية.

وإذا كاتَبَهُ على حَيَوانٍ غيرِ مَوصُوفٍ، فالكتابةُ جائزةٌ، ويَنصرِفُ إلى الوَسَطِ، ويُجبَرُ على قَبُولِ القِيمَةِ. ....

فكذا يصلَحُ مُستثنىً منه، وهو[1] الأصلُ في أبدالِ العُقودِ.

ولهما: أنَّه لا يُستثنَى العبدُ من الدَّنانير، وإنَّما تُستثنَى قيمَتُهُ، والقيمةُ لا تَصلُحُ بدلاً، فكذلك مستثنى[2].

قال: (وإذا كاتبَهُ على حَيوانٍ غيرِ مَوصُوفٍ، فالكتابةُ جائزةٌ) استحساناً. معناه: أنْ يُبيِّنَ الجنسَ ولا يُبيِّنَ النَّوعَ والصِّفةَ، (ويَنصرِفُ إلى الوَسَطِ، ويُجبَرُ على قَبُولِ القِيمَةِ)، وقد مرَّ في النِّكاح[3].

أمَّا إذا لم يُبيِّنِ الجِنسَ، مِثلُ أن يقولَ: «دابَّة» لا يجوزُ؛ لأنَّه يَشمَلُ أجناساً مُختلِفَةً، فَتَتَفاحَشُ الجَهالةُ. وإذا بيَّنَ الجنسَ كالعبدِ والوَصيفِ، فالجَهالةُ يَسيرةٌ، ومِثلُها يُتَحَمَّلُ في الكتابة، فَتُعتَبَرُ جهالةُ البدلِ بِجَهالةِ الأجلِ فيه[4].

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[5]: لا يجوزُ، وهو القياسُ لأنَّه مُعاوَضةٌ، فأشبَهَ البيعَ.

ولنا: أنَّه مُعاوَضةُ مالٍ بِغَيرِ مالٍ أو بمالٍ، لكن على وَجهٍ يَسقُطُ المِلكُ فيه، فأشبَهَ النِّكاحَ، والجامعُ أنَّه يُبتَنَى على المُسامَحةِ، بخلاف البيعِ لأنَّه مبنيٌّ على المُماكَسَة.

---

(١) أي: كلُّ ما صلُحَ بدلاً صلُحَ مستثنىً من البدل.

(٢) أي: كذلك لا يَصلُح مستثنىً.

(٣) انظر (٢/ ٦٠) في باب المهر، فإنَّه إذا تزوجها على حيوان وبيَّنَ جنسَهُ، ولم يبيِّن نوعَهُ وصفتَهُ، فإنَّه يجوزُ وينصرف إلى الوسط. بناية.

(٤) أي: تُعتبرُ في عقد الكتابةِ جهالةُ البدل بجهالة الأجل؛ كما لو قال له: «كاتبتك إلى الحصاد والدِّياس» صحَّت الكتابةُ؛ لأنَّ مبناها على المسامحة. بناية.

(٥) من شرط العوض في الكتابة عند الشَّافعيَّةِ بيانُ قدرِهِ وصفتِهِ، وأقدارِ الآجالِ، وما يؤدَّى عند حلول كلِّ نجم. انظر الروضة (٨/ ٤٧٠) الكتب العلمية.

وإذا كاتَبَ النَّصرانيُّ عَبدَهُ على خَمرٍ فهو جائزٌ، وأيُّهما أسلَمَ فَلِلمَولَى قِيمَةُ الخَمر، وإذا قَبَضَها عَتَقَ.

قال: (وإذا كاتَبَ النَّصرانيُّ عَبدَهُ على خَمرٍ فهو جائزٌ)، معناه: إذا كان مِقداراً مَعلوماً والعبدُ كافراً؛ لأنَّها مالٌ في حقِّهم بِمَنزلةِ الخَلِّ في حقِّنا، (وأيُّهما أسلَمَ فَلِلمَولَى قِيمَةُ الخَمر)؛ لأنَّ المُسلِمَ مَمنوعٌ عن تَمليكِ الخَمرِ وتَملُّكِها، وفي التَّسليم ذلك[1]؛ إذ الخمرُ غيرُ مُعيَّنٍ، فَيَعجَزُ عن تَسليمِ البدلِ فَيَجبُ عليه قِيمَتُها.

وهذا بخلافِ ما إذا تَبايَعَ الذِّمِّيَّان خمراً ثمَّ أسلَمَ أحَدُهما، حيث يَفسُدُ البيعُ على ما قاله البعضُ؛ لأنَّ القيمةَ تَصلُحُ بدلاً في الكتابة في الجملة، فإنَّه لو كاتَبَ على وَصِيفٍ[2] وأتى بالقيمةِ يُجبَرُ على القَبولِ، فجاز أن يَبقَى العقدُ على القيمة، فأمَّا البيعُ فلا يَنعقِدُ صحيحاً على القيمة، فافترقا[3].

قال: (وإذا قَبَضَها عَتَقَ)؛ لأنَّ في الكتابةَ معنى المُعاوَضةِ، فإذا وَصَل أحدُ العِوَضينِ إلى المولى سَلِمَ العِوَضُ الآخَرُ للعبد، وذلك بالعِتْقِ.

بخلاف ما إذا كان العبدُ مُسلِماً حيثُ لم تَجُزِ الكتابةُ؛ لأنَّ المُسلِمَ ليس من أهل التزامِ الخَمرِ، ولو أدَّاها عَتَقَ، وقد بيَّنَّاه من قبلُ[4]، والله أعلم.

---

(١) أي: ويَحصُلُ بالتَّسليم كلٌّ من التَّمليك والتَّملُّك.

(٢) أي: عبدٍ للخدمة.

(٣) أي: البيع والكتابة.

(٤) أراد ما ذكره في أول الفصل بقوله: «فإن أدَّى الخمر عَتَقَ». بناية.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

ويَجوزُ لِلمُكاتَبِ البيعُ والشِّراءُ والسَّفَرُ، فإنْ شَرَطَ عليه أنْ لا يَخْرُجَ مِنَ الكُوفةِ فَلَهُ أنْ يَخرُجَ استِحساناً. ....

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

قال: (ويَجوزُ لِلمُكاتَبِ البيعُ والشِّراءُ والسَّفَرُ)؛ لأنَّ مُوجَبَ الكتابةِ أن يَصيرَ حُرَّاً يداً، وذلك بمالكيَّةِ التَّصرُّفِ مُستبِدَّاً به تَصرُّفاً يُوصِلُهُ إلى مَقصودِهِ، وهو نَيلُ الحرِّيَّةِ بأداءِ البدلِ، والبيعُ والشِّراءُ من هذا القبيل، وكذا السَّفرُ لأنَّ التِّجارةَ ربَّما لا تَتَّفِقُ في الحَضَرِ فتحتاجُ إلى المُسافرةِ.

ويَملِكُ البيعَ بالمُحاباةِ[١]؛ لأنَّه من صَنيعِ التُّجَّارِ، فإنَّ التَّاجر قد يُحابي في صَفقةٍ لِيَربحَ في أخرى.

قال: (فإنْ شَرَطَ عليه أنْ لا يَخْرُجَ مِنَ الكُوفةِ فَلَهُ أنْ يَخرُجَ استِحساناً)؛ لأنَّ هذا الشَّرطَ مُخالِفٌ لِمُقتَضى العقدِ، وهو مالكيَّةُ اليدِ على جهةِ الاستبدادِ وثُبوتِ الاختصاصِ[٢]، فبَطَلَ الشَّرطُ وصَحَّ العقدُ؛ لأنَّه شرطٌ لم يَتمَكَّن في صُلبِ العقدِ، وبمثلِهِ لا تَفسُدُ الكتابةُ.

وهذا[٣] لأنَّ الكتابةَ تُشبِهُ البيعَ[٤] وتُشبِهُ النِّكاحَ[٥]، فألحقناهُ بالبيعِ في شَرطٍ تَمكَّن في صُلبِ العقد، كما إذا شَرَطَ خِدمةً مَجهولةً[٦]؛ ....

(١) المحاباة: بيع شيء يساوي مائةً بتسعين مثلاً. بناية.

(٢) أي: ثبوت الاختصاص بنفسه.

(٣) أي: التَّفصيل بين كونِ الشَّرط المتمكِّنِ في صلب العقدِ مفسداً، وبينَ كونِ الشَّرطِ الغير المتمكِّنِ غيرَ مفسد. بناية.

(٤) أي: من حيثُ المُعاوَضةُ وعدَمُ صِحَّتِهما بلا بدلٍ واحتمالُهما الفَسخَ قبلَ الأداءِ. عناية.

(٥) أي: من حيث إنَّها معاوضةُ مالٍ بغير مالٍ. عناية.

(٦) بأن قال: «كاتبتُكَ على أن تَخدُمَني مدةً».

ولا يَتزَوَّجُ إلَّا بإذنِ المَولَى ولا يَهَبُ، ولا يَتَصَدَّقُ إلَّا بالشَّيءِ اليَسيرِ، ولا يَتكَفَّلُ ولا يُقرِضُ، فإنْ وَهَبَ على عِوَضٍ لم يَصِحَّ، ....

لأنَّه[١] في البدلِ، وبالنِّكاحِ في شَرطٍ لم يتمكَّنْ في صُلبِهِ، هذا هو الأصل[٢].

أو نقول: إنَّ الكتابةَ في جانبِ العبدِ إعتاقٌ[٣]؛ لأنَّه[٤] إسقاطُ المِلكِ، وهذا الشَّرطُ يَخُصُّ العبدَ، فاعتُبِرَ إعتاقاً في حقِّ هذا الشَّرطِ، والإعتاقُ لا يَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ.

قال: (ولا يَتزَوَّجُ إلَّا بإذنِ المَولَى)؛ لأنَّ الكتابةَ فَكُّ الحَجْرِ مع قيامِ المِلكِ ضرورةَ التَّوسُّلِ إلى المَقصودِ، والتَّزوُّجُ ليس وَسيلةً إليه، ويجوزُ بإذنِ المولى؛ لأنَّ المِلكَ له.

(ولا يَهَبُ، ولا يَتَصَدَّقُ إلَّا بالشَّيءِ اليَسيرِ)؛ لأنَّ الهبةَ والصَّدقةَ تبرُّعٌ، وهو غيرُ مالكٍ لِيَملِكَه، إلَّا أنَّ الشَّيءَ اليَسيرَ من ضروراتِ التِّجارةِ؛ لأنَّه لا يَجِدُ بُدّاً من ضيافةٍ وإعارةٍ لِيَجتمِعَ عليه المُجاهزون[٥]، ومَنْ مَلَكَ شيئاً يَملِكُ ما هو من ضَروراتِهِ وتَوابِعِهِ.

(ولا يَتكَفَّلُ) لأنَّهُ تبرُّعٌ مَحْضٌ، فليس من ضَروراتِ التِّجارةِ والاكتسابِ، ولا يَملِكُه بِنَوعَيهِ، نَفْساً ومالاً؛ لأنَّ كلَّ ذلك تبرُّعٌ.

(ولا يُقرِضُ)؛ لأنَّه تبرُّعٌ ليس من تَوابعِ الاكتساب.

(فإنْ وَهَبَ على عِوَضٍ لم يَصِحَّ)؛ لأنَّه تَبرُّعٌ ابتداءً.

---

(١) أي: الشَّرط.

(٢) أي: العملُ بالشَّبهين عندَ دلالةِ الدَّليلين المتقابلين، هو الأصل. بناية.

(٣) لأنَّ الإعتاقَ إزالةُ الملكِ لا إلى أحدٍ. عناية.

(٤) أي: عقدُ الكتابة.

(٥) جمع «مُجاهز»، وهو عند العامَّة الغنيُّ من التُّجَّار. بناية.

وإنْ زوَّجَ أمَتَهَ جازَ، وكَذلكَ إنْ كاتَبَ عَبْدَهُ، فإنْ أدَّى الثَّاني قبلَ أنْ يَعتِقَ الأوَّلُ، فَوَلاؤُهُ لِلمَولَى، فلو أدَّى الأوَّلُ بعدَ ذلكَ وعَتَقَ، لا يَنتَقِلُ الوَلاءُ إليه، ....

(وإنْ زوَّجَ أمَتَهَ جازَ)؛ لأنَّه اكتسابٌ لِلمال؛ فإنَّه يَتملَّكُ به المَهرَ، فدخَلَ تحتَ العقدِ.

قال: (وكَذلكَ إنْ كاتَبَ عَبْدَهُ)، والقياسُ أنْ لا يَجوزُ، وهو قولُ زفر والشَّافعي[1]، لأنَّ مآلَهُ العِتقُ، والمكاتَبُ ليس من أهلِهِ، كالإعتاقِ على مال.

وجهُ الاستحسان: أنَّه عقدُ اكتِسابٍ للمال، فَيملِكُه كَتَزويجِ الأمةِ وكالبيعِ، وقد يكونُ هو أنفَعَ له من البيع؛ لأنَّه لا يُزيلُ المِلكَ إلَّا بعدَ وُصولِ البدَلِ إليه، والبيعُ يُزيلُهُ قبلَهُ، ولهذا يَملِكُهُ الأبُ والوصيُّ، ثمَّ هو يُوجِبُ لِلمَملوكِ مِثلَ ما هو ثابتٌ له.

بخلافِ الإعتاقِ على مالٍ؛ لأنَّه يُوجِبُ فوقَ ما هو ثابتٌ له[2].

قال: (فإنْ أدَّى الثَّاني قبلَ أنْ يَعتِقَ الأوَّلُ، فَوَلاؤُهُ لِلمَولَى)؛ لأنَّ له فيه نوعَ مِلكٍ، وتصحُّ إضافةُ الإعتاقِ إليه في الجُملةِ، فإذا تعذَّرَ إضافتُهُ إلى مباشِرِ العَقدِ لِعَدَمِ الأهليَّةِ، أُضيفَ إليه، كما في العبد إذا اشتَرَى شيئاً يثبتُ المِلكُ للمولى.

(فلو أدَّى الأوَّلُ بعدَ ذلكَ وعَتَقَ، لا يَنتَقِلُ الوَلاءُ إليه)؛ لأنَّ المَولَى جُعِلَ مُعتِقاً، والوَلاءُ لا يَنتقِلُ عن المُعتِقِ.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٦٧٢) دار الفكر: (ولا يصحُّ إعتاقه) أي: المكاتب، عن نفسِهِ ولو عن كفَّارةٍ، (و) لا (كتابتُهُ بإذنٍ) له (على المذهب) لِتَضمُّنهما الولاءَ وليس من أهله. والثاني: يصحُّ عملاً بالإذن ويُوقَف الولاءُ. اهـ بزيادة.

(٢) أي: الإعتاقُ على مال يُثبِتُ فوق ما يثبتُ للمكاتَبِ، لأنَّ الإعتاق على مالٍ إزالةٌ للملك في الحال على وجهٍ لا يُردُّ للعتق.

وإنْ أدَّى الثَّاني بعدَ عِتْقِ الأوَّلِ فَوَلاؤُهُ له. وإنْ أعتقَ عبدَهُ على مالٍ، أو باعَهُ مِنْ نَفسِهِ، أو زَوَّجَ عَبْدَهُ لم يَجُزْ، وكذلك الأبُ والوَصِيُّ في رَقيقِ الصَّغيرِ بِمَنزلَةِ المُكاتَبِ، فأمَّا المأذونُ لَهُ فلا يَجُوزُ له شيءٌ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: له أنْ يُزوِّجَ أمتَهُ.

(وإنْ أدَّى الثَّاني بعدَ عِتقِ الأوَّلِ فَوَلاؤُهُ له)؛ لأنَّ العاقدَ من أهلِ ثُبُوتِ الوَلاءِ، وهو الأصلُ، فَيَثبُتُ له.

قال: (وإنْ أعتقَ عبدَهُ على مالٍ، أو باعَهُ مِنْ نَفسِهِ، أو زَوَّجَ عَبْدَهُ لم يَجُزْ)؛ لأنَّ هذه الأشياءَ ليست من الكَسبِ ولا مِنْ تَوابِعِهِ.

أمَّا الأوَّلُ فلأنَّه إسقاطُ المِلكِ عن رَقَبَتِهِ وإثباتُ الدَّينِ في ذمَّةِ المُفلِسِ، فأشبَهَ الزَّوالَ بِغَيرِ عِوَضٍ، وكذا الثَّاني لأنَّه إعتاقٌ على مالٍ في الحقيقة، وأمَّا الثَّالث فلأنَّهُ تَنقيصٌ للعبدِ وتَعييبٌ له وشَغلُ رَقَبتِهِ بالمَهرِ والنَّفقةِ، بخلافِ تَزويجِ الأمةِ؛ لأنَّه اكتسابٌ لاستفادتِهِ المَهْرَ على ما مَرَّ.

قال: (وكذلك الأبُ والوَصِيُّ في رَقيقِ الصَّغيرِ بِمَنزلَةِ المُكاتَبِ[1])؛ لأنَّهما يَملِكانِ الاكتسابَ كالمُكاتَبِ، ولأنَّ في تَزويجِ الأمةِ والكتابةِ نظَراً له، ولا نظَرَ فيما سواهما، والولايةُ نظريَّةٌ.

قال: (فأمَّا المأذونُ لَهُ فلا يَجُوزُ له شيءٌ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: له أنْ يُزوِّجَ أمتَهُ)، وعلى هذا الخلافِ المُضارِبُ والمُفاوِضُ والشَّريكُ شَرِكَةَ عَنانٍ.

---

(١) يعني: يَملِكُ الأبُ والوصيُّ في رقيقِ الصَّغيرِ ما يَملِكُهُ المُكاتَب في رقيقِ نفسِهِ، ولا يَملِكانِ في رقيقِ الصَّغيرِ ما لا يَملِكُه في رقيقِ نفسِهِ، فَيَملِكانِ تَزويجَ أمةِ الصَّغيرِ وكتابةَ عَبدِهِ، لا تَزويجَهُ ولا بيعَهُ من نفسِهِ ولا إعتاقَهُ على مال.

فصل

وإذا اشتَرَى المُكاتَبُ أباهُ أو ابنَهُ دَخَلَ في كِتابَتِهِ، وإنِ اشتَرَى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لأولادٍ لَهُ، لم يَدخُلْ في كِتابَتِهِ عند أبي حنيفة، وقالا: يَدخُلُ. ....

هو[١] قاسَهُ على المُكاتَبِ[٢]، واعتَبرَه بالإجارة[٣].

ولهما: أنَّ المأذونَ له يَملِكُ التِّجارةَ، وهذا ليس بتجارةٍ، فأمَّا المُكاتَبُ يَتملَّكُ الاكتسابَ، وهذا اكتسابٌ، ولأنَّه مبادَلَةُ المالِ بغَيرِ المالِ، فَيُعتبَرُ بالكتابةِ دونَ الإجارةِ، إذ هي مبادلةُ المالِ بالمالِ، ولهذا لا يَملِكُ هؤلاءِ كلُّهم تَزويجَ العبدِ، والله أعلم.

(فصل)

قال: (وإذا اشتَرَى المُكاتَبُ أباهُ أو ابنَهُ دَخَلَ في كِتابَتِهِ)؛ لأنَّه من أهلِ أن يُكاتِبَ وإنْ لم يكنْ من أهلِ الإعتاقِ، فَيُجعَلُ مُكاتَباً تحقيقاً لِلصِّلةِ بِقَدرِ الإمكانِ، ألا ترى أنَّ الحُرَّ متى كان يَملِكُ الإعتاقَ يَعتِقُ عليه.

(وإنِ اشتَرَى ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه لأولادٍ لَهُ، لم يَدخُلْ في كِتابَتِهِ عند أبي حنيفة. وقالا: يَدخُلُ) اعتباراً بِقَرابةِ الوِلادِ؛ إذْ وُجوبُ الصِّلةِ يَنتظِمُهما، ولهذا لا يَفترِقانِ في الحُرِّ في حقِّ الحُرِّيَّةِ.

وله: أنَّ لِلمُكاتَبِ كَسْباً لا مِلكاً، غيرَ أنَّ الكَسْبَ يَكفي لِلصِّلةِ في الوِلادِ[٤]، حتَّى إنَّ القادرَ على الكَسبِ يُخاطَبُ بِنَفقةِ الوالدِ والوَلدِ، ولا يكفي في غيرهما، حتَّى لا تَجبُ نفقةُ الأخِ إلَّا على المُوسِرِ، ولأنَّ هذه قرابةٌ تَوسَّطَتْ بينَ بني

---

(١) أي: أبو يوسف.

(٢) فإنَّ المُكاتَبَ يجوزُ له أن يُزوِّجَ الأمةَ، فكذلك المأذونُ له.

(٣) أي: اعتَبَرَ التَّزويجَ بالإجارة، فإنَّ المأذونَ له جازَ له أن يُؤجِّرَ عبدَهُ أو أمتَهُ، فكذا يجوزُ له أن يُزوِّجَ أمتَهُ. والقياسُ والاعتبارُ مترادفان.

(٤) أراد أنَّ قدرته على الكسبِ توجب الصِّلةَ قرابة الولادِ.

وإذا اشتَرَى أمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُها في الكتابةِ ولم يَجُزْ بَيْعُها، وإنْ وُلِدَ له وَلَدٌ مِنْ أمَةٍ له دَخَلَ في كِتابَتِهِ، فكانَ حُكمُهُ كَحُكمِهِ وكَسْبُهُ له، ....

الأعمامِ وقرابةِ الوِلادِ، فألحقناها بالثَّاني في العِتْقِ، وبالأوَّل في الكتابة، وهذا أولى لأنَّ العِتقَ أسرَعُ نُفوذاً من الكتابة، حتَّى إنَّ أحَدَ الشَّريكين إذا كاتَبَ كان للآخَرِ فَسْخُهُ، وإذا أعتَقَ لا يكونُ له فَسْخُهُ.

قال: (وإذا اشتَرَى أمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُها في الكتابةِ ولم يَجُزْ بَيْعُها)، ومعناه: إذا كان معها وَلَدُها، أمَّا دُخولُ الوَلدِ في الكتابةِ فَلِما ذكرناه.

وأمَّا امتناعُ بَيعِها فلأنَّها تبَعٌ للولدِ في هذا الحُكمِ، قال ﷺ: «أعتَقَها ولَدُها»[١]، وإنْ لم يكنْ معها ولَدُها فكذلك الجوابُ في قول أبي يوسف ومحمَّد؛ لأنَّها أمُّ ولدٍ خلافاً لأبي حنيفة.

وله: أنَّ القياسَ أنْ يجوزَ بَيعُها وإنْ كان مَعَها ولَدٌ؛ لأنَّ كَسْبَ المُكاتَبِ موقوفٌ[٢]، فلا يتعلَّقُ به[٣] ما لا يَحتمِلُ الفسخَ، إلَّا أنَّه يَثبُتُ به هذا الحقُّ فيما إذا كان معها ولَدٌ تبَعاً لِثُبوتِهِ في الولدِ بناءً عليه، وبدونِ الولدِ لو ثَبَتَ ثَبَتَ ابتداءً، والقياسُ يَنفيهِ.

(وإنْ وُلِدَ له وَلَدٌ مِنْ أمَةٍ له دَخَلَ في كِتابَتِهِ) لِما بيَّنَّا في المُشتَرَى[٤]، (فكانَ حُكمُهُ كَحُكمِهِ[٥] وكَسْبُهُ له[٦])؛ لأنَّ كَسْبَ الولدِ كسبُ كَسبِهِ، ويكونُ كذلك قبل الدِّعوةِ،

(١) تقدَّم (٢/ ٣٤٣).

(٢) أي: متردِّدٌ بين أن يؤدِّي البدلَ فيعتقَ وما فضل من البدلِ له، وبين ان يعجز فيعود هو وماله للمولى، ولهذا لا يفسدُ نكاحُ امرأته بشرائها، ولا تصحُّ تبرُّعاتُهُ فَعُلِم أنَّه لا ملكَ له. بناية.

(٣) أي: بكسبه.

(٤) يعني: في أوَّل الفصل، حيثُ قال: «لأنَّه مِن أهل أن يُكاتَبَ إن لم يكن من أهل الإعتاق»، انظر ص (٧٠٥).

(٥) أي: حكمُ الولدِ كحكمِ المكاتب.

(٦) أي: كَسبُ الولدِ لوالده.

وكذلكَ إنْ وَلَدَتِ المُكاتبَةُ وَلداً. ومَنْ زَوَّجَ أمَتَهُ مِنْ عَبدِهِ، ثمَّ كاتبَهُما، فَوَلَدَتْ منه وَلَداً دَخَلَ في كِتابَتِها، وكان كَسْبُهُ لها. وإنْ تزوَّجَ المُكاتَبُ بإذنِ مَولاهُ امرأةً زَعَمَتْ أنَّها حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ منه، ثمَّ استُحِقَّتْ، فأولادُها عبيدٌ ولا يأخُذُهم بالقيمةِ، وكذلك العبدُ يَأذَنُ له المَولَى بِالتَّزويجِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أولادُها أحرارٌ بالقيمةِ. ....

فلا يَنقطِعُ بالدِّعوةِ اختِصاصُهُ، (وكذلكَ إنْ وَلَدَتِ المُكاتبَةُ وَلداً)؛ لأنَّ حقَّ امتناعِ البيعِ ثابتٌ فيها مُؤَكَّداً، فَيَسري إلى الولَدِ كالتَّدبيرِ والاستيلادِ.

قال: (ومَنْ زَوَّجَ أمَتَهُ مِنْ عَبدِهِ، ثمَّ كاتبَهُما، فَوَلَدَتْ منه وَلَداً دَخَلَ في كِتابَتِها، وكان كَسْبُهُ لها)؛ لأنَّ تبعيَّةَ الأمِّ أرجحُ، ولهذا يَتبَعُها في الرِّقِّ والحرِّيَّةِ.

قال: (وإنْ تزوَّجَ المُكاتَبُ بإذنِ مَولاهُ امرأةً زَعَمَتْ أنَّها حُرَّةٌ، فَوَلَدَتْ منه، ثمَّ استُحِقَّتْ، فأولادُها عبيدٌ ولا يأخُذُهم بالقيمةِ[1]، وكذلك العبدُ يَأذَنُ له المَولَى بِالتَّزويجِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: أولادُها أحرارٌ بالقيمةِ)؛ لأنَّه شاركَ الحُرَّ في سببِ ثُبوتِ هذا الحَقِّ، وهو الغُرور، وهذا لأنَّه ما رغبَ في نِكاحِها إلَّا لِيَنال حرِّيَّةَ الأولاد.

ولهما: أنَّه مولودٌ بينَ رقيقين فيكونُ رقيقاً، وهذا لأنَّ الأصلَ أنَّ الولَدَ يَتبَعُ الأمَّ في الرِّقِّ والحرِّيَّة، وخالفنا هذا الأصلَ في الحُرِّ بإجماعِ الصَّحابةِ ﷺ، وهذا ليس في معناه؛ لأنَّ حقَّ المولى هناكَ مَجبورٌ بقيمةٍ ناجزةٍ، وهاهنا بقيمةٍ متأخِّرةٍ إلى ما بعدَ العِتْقِ فَيبقَى على الأصلِ ولا يُلحَقُ به.

---

(1) أي: لا يأخذُهم المكاتَبُ بقيمةٍ يُؤدِّيها إلى المُستحِقِّ. عناية.

وإنْ وَطِئَ المُكاتَبُ أمَةً على وَجهِ المِلْكِ بِغَيرِ إذنِ المَولَى، ثمَّ استَحَقَّها رجلٌ فَعَلَيهِ العُقْرُ يُؤخَذُ به في الكتابةِ، وإنْ وَطِئَها على وَجْهِ النِّكاحِ لم يُؤخَذْ بِهِ حتَّى يَعتِقَ، وكذلك المأذُونُ له. وإذا اشتَرَى المُكاتَبُ جارِيةً شِراءً فاسِداً، ثمَّ وَطِئَها، فَرَدَّها، أُخِذَ بالعُقرِ في المُكاتبَةِ، وكذلكَ العَبدُ المَأذُونُ له.

قال: (وإنْ وَطِئَ المُكاتَبُ أمَةً على وَجهِ المِلْكِ بِغَيرِ إذنِ المَولَى، ثمَّ استَحَقَّها رجلٌ فَعَلَيهِ العُقْرُ يُؤخَذُ به في الكتابةِ، وإنْ وَطِئَها على وَجْهِ النِّكاحِ لم يُؤخَذْ بِهِ حتَّى يَعتِقَ، وكذلك المأذُونُ له).

ووَجهُ الفَرقِ[١]: أنَّ في الفَصلِ الأوَّلِ[٢] ظهَرَ الدَّينُ في حقِّ المَولَى؛ لأنَّ التِّجارةَ وتَوابِعَها داخلةٌ تحتَ الكتابةِ، وهذا العُقْرُ من تَوابِعِها؛ لأنَّه لولا الشِّراءُ لَمَا سَقَطَ الحدُّ، وما لم يَسقُطِ الحَدُّ لا يَجبُ العُقْرُ.

أمَّا لم يظهر في الفَصلِ الثَّاني[٣]؛ لأنَّ النِّكاحَ ليس من الاكتساب في شيءٍ، فلا تَنتظِمُهُ الكتابةُ، كالكفالة.

قال: (وإذا اشتَرَى المُكاتَبُ جارِيةً شِراءً فاسِداً، ثمَّ وَطِئَها، فَرَدَّها، أُخِذَ بالعُقرِ في المُكاتبَةِ[٤]، وكذلكَ العَبدُ المَأذُونُ له)؛ لأنَّه[٥] من باب التِّجارة، فإنَّ التَّصرُّفَ تارةً يقعُ صحيحاً ومرَّةً يقعُ فاسداً، والكتابةُ والإذنُ يَنتَظِمانه بِنَوعيهِ[٦]، كالتَّوكيل، فكان ظاهراً في حقِّ المولى.

---

(١) أي: بين الوطء على وجهِ الملكِ والوطءِ بالنِّكاح.

(٢) وهو الوطءُ على وجهِ المِلك.

(٣) وهو الوطء بالنِّكاح.

(٤) أي: في حال المكاتبة. بناية.

(٥) أي: الشِّراء. بناية.

(٦) أي: ينتظمانِ التَّصرُّفَ بنوعيه، الفاسدِ والصَّحيحِ.

فصل

وإذا وَلَدَتِ المُكاتَبَةُ مِنَ المَولَى فهي بالخيار: إنْ شاءَتْ مَضَتْ على الكتابةِ، وإنْ شاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَها وصارَتْ أمَّ وَلَدٍ له، ونَسَبُ وَلَدِها ثابتٌ من المَولَى، وهو حُرٌّ. ....

(فصل)

قال: (وإذا وَلَدَتِ المُكاتَبَةُ مِنَ المَولَى فهي بالخيار: إنْ شاءَتْ مَضَتْ على الكتابةِ، وإنْ شاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَها وصارَتْ أمَّ وَلَدٍ له)؛ لأنَّها تلقَّتْها جِهتا حُرِّيةٍ، عاجِلَةٌ بِبَدلٍ وآجِلةٌ بِغيرِ بدَلٍ، فَتُخيَّرُ بينهما، (ونَسَبُ وَلَدِها ثابتٌ من المَولَى، وهو حُرٌّ)؛ لأنَّ المولى يَملِكُ الإعتاقَ في وَلَدِها، وما لَهُ مِنَ المِلكِ يَكفي لِصحَّةِ الاستيلادِ بالدِّعوةِ.

وإذا مَضَتْ على الكتابةِ أَخَذَتِ العُقْرَ مِنْ مَولاها[1]؛ لاختِصاصِها بِنفسِها وبِمَنافِعِها على ما قدَّمنا[2].

ثمَّ إنْ مات المَولَى عَتَقَتْ بالاستيلادِ وسَقَط عنها بدَلُ الكتابةِ، وإنْ ماتَتْ هي وتَرَكَت مالاً، تُؤدَّى منه مُكاتَبَتُها، وما بقي ميراثٌ لابنِها جَرْياً على مُوجَبِ الكتابة، وإنْ لم تَترُكْ مالاً فلا سعايةَ على الولدِ؛ لأنَّه حُرٌّ.

ولو وَلَدَتْ وَلَداً آخَرَ[3] لم يَلزَمِ المَولَى إلَّا أنْ يَدَّعِي؛ لِحُرمةِ وَطئِها عليه، فلو لم يَدَّعِ وماتَتْ من غيرِ وفاءٍ، سَعَى هذا الولدُ؛ لأنَّه مُكاتَبٌ تَبعاً لها، فلو ماتَ المَولَى بعد ذلك عَتَقَ وبَطَل عنه السِّعايةُ؛ لأنَّه بمنزلةِ أمِّ الوَلَدِ، إذْ هو وَلَدُها فيَتْبَعُها.

---

(1) أي: مهرَ مثلها. عناية.

(2) يعني: قبلَ فصلِ الكتابةِ الفاسدةِ، انظر ص (٦٩٤) قوله: «لأنَّها صارتْ أخصَّ بأجزائها تَوسُّلاً إلى المَقصودِ بالكتابة». عناية.

(3) أي: وهي ماضيةٌ على الكتابة.

وإذا كاتَبَ المَولَى أمَّ وَلَدِهِ جازَ، فإنْ ماتَ المَولَى عَتَقَتْ بِالاستِيلادِ، وسَقَطَ عنها بَدَلُ الكتابةِ. وإنْ كاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جازَ، وإنْ ماتَ المَوْلَى ولا مالَ لَهُ غيرُها، فهي بالخيارِ بينَ: أنْ تَسعَى في ثُلُثَي قِيمَتِها، أو جَمِيعِ مالِ الكتابةِ. ....

قال: (وإذا كاتَبَ المَولَى أمَّ وَلَدِهِ جازَ)؛ لِحاجَتِها إلى استفادةِ الحُرِّيَّةِ قبلَ مَوتِ المَولَى، وذلك بالكتابة، ولا تَنافي بينهما[1]؛ لأنَّه تَلَقَّتْها جِهتا حُرِّيَّة.

(فإنْ ماتَ المَولَى عَتَقَتْ بِالاستِيلادِ)؛ لِتعلُّقِ عِتقِها بِموتِ السَّيِّدِ، (وسَقَطَ عنها بَدَلُ الكتابةِ)؛ لأنَّ الغَرضَ من إيجابِ البَدَلِ العِتقُ عندَ الأداءِ، فإذا عتَقَتْ قَبلَهُ لم يُمكِنْ تَوفيرُ الغَرضِ عليه، فَسَقَطَ[2]، وبطَلَتِ الكتابةُ؛ لامتناع إبقائِها بِغيرِ فائدةٍ، غيرَ أنَّه تَسلَمُ لها الأكسابُ والأولادُ؛ لأنَّ الكتابةَ انفسَخَتْ في حقِّ البَدَلِ وبَقِيت في حقِّ الأكسابِ والأولادِ؛ لأنَّ الفَسخَ لِنَظَرِها، والنَّظرُ فيما ذكرناه.

ولو أدَّتِ المُكاتَبَةُ قبلَ مَوتِ المَولَى، عَتَقَتْ بالكتابةِ لأنَّها باقيةٌ.

قال: (وإنْ كاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جازَ) لِما ذكرنا من الحاجةِ، ولا تَنافي؛ إذِ الحرِّيَّةُ غيرُ ثابتةٍ، وإنَّما الثَّابتُ مُجرَّدُ الاستِحقاق.

(وإنْ ماتَ المَوْلَى ولا مالَ لَهُ غيرُها، فهي بالخيارِ بينَ: أنْ تَسعَى في ثُلُثَي قِيمَتِها، أو جَمِيعِ مالِ الكتابةِ) وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: تَسعَى في الأقلِّ منهما.

وقال محمد: تَسعَى في الأقلِّ مِنْ ثُلُثَي قِيمَتِها وثُلُثَي بدَلِ الكتابةِ.

فالخلافُ في الخيارِ والمِقدارِ، فأبو يوسفَ مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد في نَفْيِ الخيار.

أمَّا الخيارُ فَفَرعُ تَجزُّئِ الإعتاقِ، والإعتاقُ عندَهُ لمَّا تَجزَّأَ بقي الثُّلثانِ رقيقاً، وقد تَلقَّاها جِهَتا حُرِّيَّةٍ بِبَدَلَينِ، مُعَجَّلٍ بالتَّدبيرِ، ومُؤجَّلٍ بالكتابةِ، فَتُخيَّر.

---

(١) أي: بين الكتابة والاستيلاد.

(٢) أي: بدلُ الكتابة.

وإنْ دَبَّرَ مُكاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدبيرُ ولها الخيارُ: إنْ شاءتْ مَضَتْ على الكتابةِ، وإنْ شاءتْ عَجَّزَتْ نَفْسَها، وصارَتْ مُدَبَّرَةً. ....

وعندهما: لمَّا عَتَقَ كلُّها بِعِتْقِ بَعضِها، فهي حُرَّةٌ وَجَبَ عليها أحَدُ المالَينِ، فتختارُ الأقلَّ لا محالةَ، فلا معنى للتَّخيير.

وأمَّا المِقدارُ فَلِمُحمَّد رَحِمَهُ اللهُ أنَّه قابَلَ البَدَلَ بالكُلِّ، وقد سَلِمَ لها الثُّلُثُ بالتَّدبيرِ، فَمِنَ المُحالِ أن يَجِبَ البَدَلُ بِمُقابَلَتِهِ، ألا تَرَى أنَّه لو سَلِمَ لها الكلُّ، بأن خَرَجَتْ من الثُّلُثِ يَسقُطُ كلُّ بدلِ الكتابةِ، فَهُنا يَسقُطُ الثُّلُثُ، وصار كما إذا تأخَّرَ التَّدبيرُ عن الكتابة.

ولهما: أنَّ جميعَ البدلِ مُقابَلٌ بِثُلُثَي رَقَبَتِها، فلا يَسقُطُ منه شيءٌ، وهذا لأنَّ البدَلَ وإنْ قُوبِلَ بالكُلِّ صورةً وصِيغَةً، لكنَّه مقيَّدٌ بما ذكرنا مَعنىً وإرادةً؛ لأنَّها استَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ ظاهراً، والظَّاهرُ أنَّ الإنسانَ لا يَلتزِمُ المالَ بِمُقابَلَةِ ما يَستحِقُّ حرِّيَّته، وصار كما إذا طَلَّقَ امرأتَهُ ثِنْتَينِ ثمَّ طَلَّقَها ثلاثاً على ألفٍ، كان جميعُ الألفِ بِمُقابَلَةِ الواحدةِ الباقيةِ؛ لِدِلالةِ الإرادةِ، كذا هاهنا.

بخلافِ ما إذا تقَدَّمتِ الكتابةُ - وهي المسألةُ التي تليه - لأنَّ البَدَلَ مُقابَلٌ بالكلِّ، إذ لا استحقاقَ عنده في شيءٍ، فافترقا.

قال: (وإنْ دَبَّرَ مُكاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدبيرُ) لِما بيَّنَّا[1] (ولها الخيارُ: إنْ شاءتْ مَضَتْ على الكتابةِ، وإنْ شاءتْ عَجَّزَتْ نَفْسَها وصارَتْ مُدَبَّرَةً)؛ لأنَّ الكتابة ليست بِلازِمَةٍ في جانبِ المَملُوكِ، فإنْ مَضَتْ على كِتابَتِها فَماتَ المَولَى ولا مالَ له غيرُها، فهي بالخيار: إنْ شاءَتْ سَعَتْ في ثُلُثَي مالِ الكتابةِ، أو ثُلُثَي قِيمَتِها عند أبي حنيفة. وقالا: تسعى في الأقلِّ منهما.

(1) أي: من أنَّها تلقَّتْها جِهَتا حرِّيَّةٍ.

وإذا أعتَقَ المَولَى مُكاتبَهُ عَتَقَ بإعتاقِهِ وسَقَطَ بَدَلُ الكتابةِ. وإنْ كاتبَهُ على ألفِ درهمٍ إلى سَنَةٍ، فَصالَحَهُ على خَمسِمائةٍ مُعَجَّلةٍ، فهو جائزٌ. ....

فالخلافُ في هذا الفَصلِ في الخيار بناءً على ما ذكرنا[١]، أمَّا المِقدارُ فَمُتَّفَقٌ عليه، ووَجْهُهُ ما بيَّنَّا[٢].

قال: (وإذا أعتَقَ المَولَى مُكاتَبَهُ عَتَقَ بإعتاقِهِ)؛ لِقيامِ مِلكِهِ فيه (وسَقَطَ بَدَلُ الكتابةِ)؛ لأنَّه[٣] ما التزَمَه إلَّا مقابَلاً بالعِتْقِ، وقد حَصَلَ له دونَهُ، فلا يَلزَمُهُ، والكتابةُ وإنْ كانت لازِمَةً في جانِبِ المَولَى، ولكنَّها تُفسَخُ برضا العبدِ، والظَّاهرُ رِضاهُ تَوسُّلاً إلى عِتْقِهِ بِغَيرِ بدَلٍ مع سَلامة الأكسابِ له؛ لأنَّا نُبقِي الكتابةَ في حقِّه[٤].

قال: (وإنْ كاتَبَهُ على ألفِ درهمٍ إلى سَنَةٍ فَصالَحَهُ على خَمسِمائةٍ مُعَجَّلةٍ، فهو جائزٌ) استحساناً. وفي القياس: لا يجوزُ؛ لأنَّه اعتياضٌ عن الأجل وهو ليس بمالٍ، والدَّينُ مالٌ، فكان رِباً، ولهذا لا يجوزُ مِثلُهُ في الحُرِّ ومُكاتَبِ الغيرِ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الأجلَ في حقِّ المُكاتَبِ مالٌ من وجهٍ؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على الأداءِ إلَّا بهِ، فأُعطِيَ له حُكمُ المالِ، وبدَلُ الكتابةِ مالٌ من وجهٍ، حتَّى لا تصحُّ الكفالةُ به، فاعتدلا، فلا يكون رِباً، ولأنَّ عَقْدَ الكتابةِ عقدٌ من وَجهٍ دونَ وجهٍ، والأجلُ رِباً من وجهٍ، فيكونُ شُبهةَ الشُّبهةِ، بخلاف العقدِ بينَ الحُرَّينِ؛ لأنَّه عقدٌ من كلِّ وجهٍ، فكان رباً، والأجلُ فيه شُبهةٌ.

---

(١) أي: من قوله: «أمَّا الخيارُ فَفَرعُ تَجزُّئ الإعتاقِ».

(٢) أي: من أنَّ البدلَ مقابلٌ بالكلِّ. عناية.

(٣) أي: المكاتب.

(٤) أي: في حقِّ الأكسابِ. ذكَّر الضَّميرَ على تأويل المكسوب، أو المال. بناية.

وإذا كاتَبَ المَرِيضُ عَبْدَهُ على ألفَي دِرهَم إلى سَنَةٍ، وقِيمَتُهُ ألفٌ، ثمَّ ماتَ ولا مالَ لَهُ غَيرُهُ، ولم تُجِزِ الوَرَثَةُ، فإنَّهُ يُؤدِّي ثُلُثَي الألفينِ حالاً، والباقي إلى أجلِهِ، أو يُرَدُّ رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمَّد: يُؤدِّي ثُلُثَي الألفِ حالاً والباقي إلى أجلِهِ. وإنْ كاتبَهُ على ألفٍ إلى سَنةٍ، وقِيمَتُهُ ألفانِ، ولم تُجِزِ الوَرَثَةُ يُقال له: «أدِّ ثُلُثَي القيمةِ حالاً، أو تُرَدُّ رقيقاً» في قَولِهِم جميعاً.

قال: (وإذا كاتَبَ المَرِيضُ عَبْدَهُ على ألفَي دِرهَم إلى سَنَةٍ، وقِيمَتُهُ ألفٌ، ثمَّ ماتَ ولا مالَ لَهُ غَيرُهُ، ولم تُجِزِ الوَرَثَةُ، فإنَّهُ يُؤدِّي ثُلُثَي الألفينِ حالاً، والباقي إلى أجلِهِ، أو يُرَدُّ رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمَّد: يُؤدِّي ثُلُثَي الألفِ حالاً والباقي إلى أجلِهِ)؛ لأنَّ له أن يَترُكَ الزِّيادةَ، بأن يُكاتِبَهُ على قيمتِهِ، فله أن يُؤخِّرَها، وصار كما إذا خالَعَ المريضُ امرأتَهُ على ألفٍ إلى سنةٍ جاز؛ لأنَّ له أن يُطلِّقَها بغير بدَلٍ.

ولهما: أنَّ جميعَ المُسمَّى بدلُ الرَّقَبةِ، حتَّى أُجري عليها أحكامُ الأبدالِ، وحقُّ الورثةِ مُتعلِّقٌ بالمُبدَلِ، فكذا بالبدل، والتَّأجيلُ إسقاطٌ معنىً، فَيُعتَبَرُ من ثُلُثِ الجميع، بخلافِ الخُلعِ؛ لأنَّ البدَلَ فيه لا يُقابِلُ المالَ، فلم يَتعلَّقْ حقُّ الورثةِ بالمُبدَلِ، فلا يَتعلَّقُ بالبدَلِ.

ونظيرُ هذا إذا باعَ المريضُ دارَهُ بثلاثةِ آلافٍ إلى سنةٍ وقِيمَتُها ألفٌ، ثمَّ ماتَ ولم تُجزِ الورثةُ:

- فعندهما: يقال لِلمُشتري: «أدِّ ثُلُثَي جميعِ الثَّمنِ حالاً، والثُّلُثَ إلى أجلِهِ، وإلَّا فانقُضِ البيعَ».

وعنده: يُعتَبَرُ الثُّلثُ بِقَدرِ القيمةِ، لا فيما زادَ عليه لِما بيَّنَّا من المعنى.

قال: (وإنْ كاتبَهُ على ألفٍ إلى سَنةٍ، وقِيمَتُهُ ألفانِ، ولم تُجزِ الوَرَثَةُ يُقال له: «أدِّ ثُلُثَي القيمةِ حالاً، أو تُرَدُّ رقيقاً» في قَولِهِم جميعاً)؛ لأنَّ المُحاباةَ هاهنا

فِي القَدْرِ[1] والتَّأخيرِ[2]، فاعتُبِرَ الثُّلُثُ فيهما[3].

(١) وهو إسقاطُ ألف درهم.

(٢) وهو تأجيلُ الألفِ الآخر.

(٣) أي: يصحُّ تصرُّفُهُ في ثُلُثِ قيمتِهِ في الإسقاطِ والتَّأخيرِ، لكن لمَّا سَقَطَ ذلك الثُّلُثُ لم يَبقَ التَّأخيرُ أيضاً، ولم يصحَّ تَصرُّفُه في ثُلُثَي القيمةِ لا في حقِّ الإسقاطِ، ولا في حقِّ التَّأخير. عناية.

باب من يكاتب عن العبد

وإذا كاتَبَ الحُرُّ عن عَبدٍ بألفِ دِرهَمٍ، فإنْ أدَّى عنه عَتَقَ، وإنْ بَلَغَ العبدَ فَقَبِلَ، فهو مُكاتَبٌ، ولو أدَّى الحُرُّ البَدَلَ لا يَرجِعُ على العبدِ. وإذا كاتَبَ العبدُ عن نَفسِهِ وعن عَبدٍ آخَرَ لِمَولاهُ، وهو غائبٌ، فإنْ أدَّى الشَّاهدُ أو الغائبُ عَتَقا،

(باب من يكاتب عن العبد)

قال: (وإذا كاتَبَ الحُرُّ عن عَبدٍ بألفِ دِرهَمٍ، فإنْ أدَّى عنه عَتَقَ، وإنْ بَلَغَ العبدَ فَقَبِلَ، فهو مُكاتَبٌ).

وصورةُ المسألة: أنْ يقولَ الحُرُّ لِمَولَى العبدِ: «كاتِبْ عَبدَكَ على ألفِ درهمٍ، على أنِّي إنْ أدَّيتُ إليكَ ألفاً فهو حُرٌّ»، فكاتَبَهُ المَولَى على هذا، يَعتِقُ بأدائِهِ بِحُكمِ الشَّرطِ، وإذا قَبِلَ العبدُ صارَ مُكاتباً؛ لأنَّ الكتابةَ كانت مَوقوفةً على إجازَتِهِ، وقَبولُهُ إجازةٌ.

ولو لم يقل: «على أنِّي إنْ أدَّيتُ إليكَ ألفاً فهو حُرٌّ» فأدَّى، لا يَعتِقُ قياساً؛ لأنَّهُ لا شَرْطَ، والعقدُ موقوفٌ على إجازةِ العبدِ.

وفي الاستحسان: يَعتِقُ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ للعبدِ الغائبِ في تَعليقِ العِتْقِ بأداءِ القائلِ، فيصحُّ في حقِّ هذا الحُكمِ، ويَتوقَّفُ في حقِّ لُزُومِ الألفِ على العبدِ.

وقيل: هذه هي صورةُ مسألةِ الكتاب[1].

(ولو أدَّى الحُرُّ البَدَلَ لا يَرجعُ على العبدِ)؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ.

قال: (وإذا كاتَبَ العبدُ عن نَفسِهِ وعن عَبدٍ آخَرَ لِمَولاهُ، وهو غائبٌ، فإنْ أدَّى الشَّاهدُ أو الغائبُ عَتَقا).

---

(١) أراد أنَّ المسألةَ التي قال فيها: «كاتب عبدكَ على ألف» ولم يقل: «على أنِّي إن أدَّيتُ إليكَ ألفاً، فهو حرٌّ» هي صورةُ مسألة الكتاب.

وأيُّهما أدَّى عَتَقَا، ويُجبَرُ المَولَى على القَبُولِ، وأيُّهما أدَّى لا يَرجِعُ على صاحِبِهِ، وليسَ لِلمَولَى أنْ يَأخُذَ العبدَ الغائِبَ بِشَيءٍ، ....

ومعنى المسألة: أن يقولَ العبدُ: «كاتِبْني بألفِ درهمٍ على نَفسِي وعلى فلانٍ الغائبِ»، وهذه كتابةٌ جائزةٌ استحساناً.

وفي القياس: يصحُّ على نفسِهِ لولايتِهِ عليها، ويَتوقَّفُ في حقِّ الغائبِ لِعَدَمِ الولايةِ عليه.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الحاضِرَ بإضافةِ العقدِ إلى نَفسِهِ ابتداءً، جَعَلَ نفسَهُ فيه أصلاً والغائِبَ تَبَعاً، والكتابةُ على هذا الوجهِ مشروعةٌ، كالأَمَةِ إذا كُوتِبَتْ دَخَلَ أولادُها في كِتابَتِها تبَعاً، حتَّى عَتَقُوا بأدائِها وليس عليهم من البَدَلِ شيءٌ، وإذا أمكَنَ تصحيحُهُ على هذا الوجهِ، يَنفرِدُ به الحاضِرُ، فلَهُ أن يأخذَهُ بكلِّ البدَلِ[1]؛ لأنَّ البدَلَ عليه؛ لكونِهِ أصلاً فيه، ولا يكونُ على الغائبِ من البدَلِ شيءٌ؛ لأنَّه تبَعٌ فيه.

قال: (وأيُّهما أدَّى عَتَقَا ويُجبَرُ المَولَى على القَبُولِ)، أمَّا الحاضرُ فلأنَّ البدَلَ عليه. وأمَّا الغائبُ فلأنَّه ينالُ به شَرَفَ الحرِّيَّةِ، وإنْ لم يكنِ البدَلُ عليه، وصارَ كَمُعيرِ الرَّهنِ إذا أدَّى الدَّينَ، يُجبَرُ المُرتَهِنُ على القَبولِ؛ لِحاجَتِهِ إلى استخلاصِ عَينِهِ، وإنْ لم يكنِ الدَّينُ عليه.

قال: (وأيُّهما أدَّى لا يَرجِعُ على صاحِبِهِ)؛ لأنَّ الحاضِرَ قَضَى ديناً عليه، والغائبُ متبرِّعٌ به غيرُ مضطرٍّ إليه.

قال: (وليسَ لِلمَولَى أنْ يَأخُذَ العبدَ الغائِبَ بِشَيءٍ) لِما بيَّنَّا.

---

(١) أي: فللمولى أن يأخذ العبدَ الحاضرَ بكلِّ البدل.

فإنْ قَبِلَ العبدُ الغائِبُ أو لم يَقبَلْ، فليسَ ذلكَ منه بِشَيءٍ، والكتابةُ لازِمَةٌ للشَّاهِدِ. وإذا كاتَبَتِ الأَمَةُ عن نَفسِها وعنِ ابنَينِ لها صَغِيرَينِ، فهو جائزٌ، وأيُّهم أدَّى لم يَرجِعْ على صاحِبِهِ، ويُجبَرُ المَولَى على القَبُولِ ويُعتَقُونَ.

(فإنْ قَبِلَ العبدُ الغائِبُ أو لم يَقبَلْ، فليسَ ذلكَ منه بِشَيءٍ[1]، والكتابةُ لازِمَةٌ للشَّاهِدِ)؛ لأنَّ الكتابةَ نافذةٌ عليه من غَيرِ قبولِ الغائبِ، فلا تَتغيَّرُ بِقَبولِهِ، كمَنْ كَفَلَ عن غَيرِهِ بِغَيرِ أمرِهِ، فبلَغَهُ فأجازَهُ، لا يَتغيَّرُ حُكمُهُ، حتَّى لو أدَّى لا يَرجِعُ عليه، كذا هذا.

قال: (وإذا كاتَبَتِ الأَمَةُ عن نَفسِها وعنِ ابنَينِ لها صَغِيرَينِ، فهو جائزٌ، وأيُّهم أدَّى لم يَرجِعْ على صاحِبِهِ، ويُجبَرُ المَولَى على القَبُولِ ويُعتَقُونَ)؛ لأنَّها جعلَتْ نفسَها أصلاً في الكتابةِ، وأولادَها تَبَعاً على ما بيَّنَّا في المسألة الأولى، وهي أولى بذلك من الأجنبيِّ[2].

---

(١) يعني: لا يؤثِّرُ قَبولُهُ في لزومِ بدَلِ الكتابةِ عليه، وكذلك ردُّهُ لا يؤثِّرُ في ردِّ عقدِ الكتابة عن الحاضر.

(٢) يريد: أنَّ هذا العقدَ على هذا الوجهِ يَجوزُ في حقِّ الأجنبيِّ، فلأنْ يَجوزُ في حقِّ وَلَدِها - لأنَّ وَلَدَها أقربُ إليها من الأجنبيِّ - أولى.

باب كتابة العبد المشترك

وإذا كانَ العبدُ بينَ رَجُلَينِ، أَذِنَ أَحَدُهما لِصاحِبِهِ أنْ يُكاتِبَ نَصِيبَهُ بألفِ دِرهَمٍ، ويَقبِضَ بَدَلَ الكتابةِ، فكاتَبَ وقَبَضَ بعضَ الألفِ، ثمَّ عَجَزَ، فَالمالُ لِلَّذي قَبَضَ عند أبي حنيفة، وقالا: هو مُكاتَبٌ بينهما، وما أدَّى فهو بينهما. وإذا كانتْ جارِيةٌ بينَ رَجلَينِ كاتَبَاها، فَوَطِئَها أحَدُهُما فجاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعاهُ، ثمَّ وَطِئَها الآخَرُ فَجاءَتْ بِوَلَدٍ فادَّعاهُ، ثمَّ عَجَزتْ، فهي أمُّ وَلَدٍ لِلأوَّلِ، ....

(باب كتابة العبد المشترك)

قال: (وإذا كانَ العبدُ بينَ رَجُلَينِ، أَذِنَ أحَدُهما لِصاحِبِهِ أنْ يُكاتِبَ نَصِيبَهُ بألفِ دِرهَمٍ، ويَقبِضَ بَدَلَ الكتابةِ، فكاتَبَ وقَبَضَ بعضَ الألفِ، ثمَّ عَجزَ، فَالمالُ لِلَّذي قَبَضَ عند أبي حنيفة، وقالا: هو[1] مُكاتَبٌ بينهما، وما أدَّى فهو بينهما).

وأصلُهُ: أنَّ الكتابةَ تَتجزَّأ عنده، خلافاً لهما، بمنزلةِ الإعتاقِ؛ لأنَّها تفيدُ الحرِّيَّةَ من وجهٍ، فَتَقتصِرُ على نَصيبِهِ عنده لِلتَّجزُّؤ، وفائدةُ الإذنِ: أنْ لا يكونَ له حقُّ الفَسخِ كما يكونُ له إذا لم يأذنْ، وإذنُهُ له بِقَبضِ البدَلِ إذنٌ للعبدِ بالأداءِ، فيكونُ مُتبرِّعاً بِنَصيبِهِ عليه، فلهذا كان كلُّ المَقبوضِ له[2].

وعندهما: الإذنُ بكتابةِ نَصيبِهِ إذنٌ بكتابةِ الكُلِّ؛ لِعَدَمِ التَّجزُّؤ، فهو أصيلٌ في النِّصفِ[3] وَكيلٌ في النِّصفِ، فهو بينهما، والمَقبوضُ مُشتَرَكٌ بينهما، فَيَبقى كذلك بعد العَجزِ.

قال: (وإذا كانتْ جارِيةٌ بينَ رَجلَينِ كاتَبَاها، فَوَطِئَها أحَدُهُما فجاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعاهُ، ثمَّ وَطِئَها الآخَرُ فَجاءَتْ بِوَلَدٍ فادَّعاهُ، ثمَّ عَجَزتْ، فهي أمُّ وَلَدٍ لِلأوَّلِ)؛

---

(١) أي: العبدُ.

(٢) أي: للشَّريك المكاتب.

(٣) أي: الشَّريكُ المكاتِبُ أصيلٌ في النِّصفِ الذي له، وكيلٌ في النِّصفِ الذي لشريكِهِ.

ويَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصفَ قِيمَتِها ونِصفَ عُقْرِها، ويَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمالَ عُقْرِها وقِيمَةَ الوَلَدِ ويَكونُ ابنَهُ، وأيُّهما دَفَعَ العُقْرَ إلى المُكاتَبَةِ جازَ، وهذا كُلُّه قولُ أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: هي أمُّ ولدٍ لِلأوَّلِ، ولا يَجوزُ وَطءُ الآخَرِ، ....

لأنه لمَّا ادَّعى أحَدُهما الوَلَدَ صَحَّتْ دَعوتُهُ لقيامِ المِلكِ له فيها، وصار نَصيبُهُ أمَّ وَلدٍ له؛ لأنَّ المُكاتَبَةَ لا تَقبَلُ النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ، فَتَقتَصِرُ أموميَّةُ الولدِ على نَصيبِهِ، كما في المُدبَّرةِ المُشتَرَكةِ.

وإذا ادَّعى الثَّاني وَلَدَها الأخيرَ، صحَّتْ دَعوتُهُ لقيامِ مِلكِهِ ظاهراً، ثمَّ إذا عجَزَتْ بعد ذلك، جُعِلَتِ الكتابةُ كأنْ لم تكنْ، وتبيَّنَ أنَّ الجاريةَ كلَّها أمُّ ولدٍ للأوَّلِ؛ لأنَّه زالَ المانعُ من الانتقالِ، ووَطؤُه سابقٌ.

(ويَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصفَ قِيمَتِها)؛ لأنَّه تَمَلَّكَ نَصيبَهُ لمَّا استكمَلَ الاستيلادَ (ونِصفَ عُقْرِها) لِوَطئِهِ جاريةً مُشتَرَكَةً، (ويَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمالَ عُقْرِها وقِيمَةَ الوَلَدِ ويَكونُ ابنَهُ)؛ لأنَّه بِمَنزلةِ المَغرُورِ؛ لأنَّه حين وَطِئَها كان مِلكُهُ قائماً ظاهراً، وولَدُ المَغرورِ ثابتُ النَّسبِ منه، حرٌّ بالقيمةِ على ما عُرِف، لكنَّه وَطِئَ أمَّ وَلدِ الغير حقيقةً، فَيلزَمُهُ كمالُ العُقرِ.

(وأيُّهما دَفَعَ العُقْرَ إلى المُكاتَبَةِ[1] جازَ)؛ لأنَّ الكتابةَ ما دامتْ باقيةً فحقُّ القَبضِ لها؛ لاختِصاصِها بِمَنافِعِها وأبدالِها، وإذا عَجزَتْ تَرُدُّ العُقرَ إلى المَولَى لِظُهورِ اختِصاصِهِ.

(وهذا) الذي ذكرنا (كُلُّه قولُ أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: هي أمُّ ولدٍ لِلأوَّلِ، ولا يَجوزُ وَطءُ الآخَرِ)؛ لأنَّه لمَّا ادَّعى الأوَّلُ الوَلَدَ صارتْ كُلُّها أمَّ ولدٍ له؛ لأنَّ أُموميَّةَ الولدِ يَجِبُ تكميلُها بالإجماعِ ما أمكَنَ، وقد أمكنَ بِفَسخِ الكتابةِ؛ لأنَّها قابلةٌ لِلفَسخِ، فَتُفسَخُ فيما لا تَتضرَّرُ به المُكاتَبَةُ، وتَبقَى الكتابةُ فيما وراءه.

---

(١) يعني: قبل العَجزِ.

فلا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ منه، ولا يكونُ حُرَّاً عليه بالقيمةِ، ويَلزَمُهُ جَمِيعُ العُقْرِ. ....

بخلافِ التَّدبيرِ[1]؛ لأنَّه لا يَقبَلُ الفَسْخَ، وبخلافِ بَيعِ المُكاتَبِ[2]؛ لأنَّ في تَجويزِهِ إبطالَ الكتابةِ، إذِ المُشتري لا يَرضَى بِبَقائِهِ مُكاتَباً.

وإذا صارَتْ كلُّها أمَّ ولَدٍ له، فالثَّاني وَطِئَ أمَّ وَلدِ الغيرِ، (فلا يَثبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ منه، ولا يكونُ حُرَّاً عليه بالقيمةِ)، غيرَ أنَّه لا يَجبُ الحَدُّ عليه للشُّبهةِ، (ويَلزَمُهُ جَمِيعُ العُقْرِ)؛ لأنَّ الوَطءَ لا يَعْرَى عن إحدى الغَرامَتَين[3].

وإذا بَقِيَتِ الكتابةُ[4] وصارَتْ كُلُّها مُكاتَبَةً له، قيل: يَجِبُ عليها نِصفُ بدَلِ الكتابةِ؛ لأنَّ الكتابةَ انفسَخَتْ فيما لا تَتَضرَّرُ به المُكاتَبَةُ، ولا تَتَضرَّرُ بسُقُوطِ نصفِ البَدَلِ.

وقيل: يجبُ كلُّ البدلِ؛ لأنَّ الكتابةَ لم تَنفسِخْ إلَّا في حقِّ التَّمَلُّكِ ضرورةً[5]، فلا يَظهَرُ في حقِّ سُقوطِ نصفِ البدَلِ[6].

وفي إبقائِهِ[7] في حقِّه نظَرٌ للمولى، وإن كانَ لا تَتَضرَّرُ المُكاتَبَةُ بِسُقوطِهِ[8]، والمُكاتَبَةُ هي التي تُعطى العُقْرَ لاختصاصِها بأبدالِ مَنافِعِها. ولو عَجزَت ورُدَّتْ

---

(١) جوابٌ عن قياسِ أبي حنيفةَ المُتنازَعِ فيه على المُدبَّرةِ المُشترَكَةِ.

(٢) قيل: هو جوابٌ عمَّا يقال: هلَّا فَسَختُمُ الكتابةَ في ضِمْنِ صِحَّةِ البيعِ، فيما إذا بِيعَ المُكاتَبُ، كما فَسَختُمُوها في ضِمْنِ صحَّةِ الاستيلاد. عناية.

(٣) وهما: الحدُّ، والعُقرُ.

(٤) متَّصلٌ بقوله قبل أسطر: «وتبقى الكتابةُ فيما وراءه».

(٥) أي: لضرورة تكميلِ الاستيلادِ.

(٦) لأنَّ الثَّابتَ بالضَّرورةِ لا يَتعَدَّى، فيبقى العقدُ الأوَّلُ كما كان.

(٧) أي: في إبقاءِ عَقدِ الكتابةِ في حقِّ نصفِ البَدَلِ.
وقوله: «وفي إبقائه» يجوزُ أن يكونَ جواباً عمَّا يُقالُ: الكتابةُ تَنفسِخُ فيما لا تتضرَّرُ به المُكاتَبَةُ، وهي لا تَتضرَّرُ بِسُقوطِ نصفِ البدلِ، فيجب أن تَنفسِخَ. عناية.

(٨) أي: بسقوط البدل، فرجَّحنا جانبَ المولى؛ لأنَّ الأصلَ في الكتابة عدَمُ الفسخ. بناية.

ويَضْمَنُ الأوَّلُ لِشَريكِهِ في قياسِ قَولِ أبي يوسف نِصفَ قِيمَتِها مُكاتبَةً، وفي قَولِ محمَّد: يَضْمَنُ الأقَلَّ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِها ومِنْ نِصفِ ما بَقِي من بَدَلِ الكتابةِ، وإذا كان الثَّاني لم يَطأها، ولكن دَبَّرَها ثُمَّ عَجَزَتْ، بَطَلَ التَّدبيرُ، وهي أمُّ ولدٍ لِلأوَّلِ، ويَضْمَنُ لِشَريكِهِ نِصفَ عُقْرِها ونِصفَ قِيمَتِها، والوَلَدُ وَلَدُ الأوَّلِ، ....

في الرِّقِّ تُرَدُّ إلى المولى لِظُهورِ اختصاصِهِ على ما بيَّنَّا[1].

قال: (ويَضْمَنُ الأوَّلُ لِشَريكِهِ في قياسِ قَولِ أبي يوسف نِصفَ قِيمَتِها مُكاتبَةً)؛ لأنَّه تَملَّكَ نصيبَ شَريكِهِ وهي مُكاتَبةٌ، فَيَضمَنُهُ مُوسِراً كان أو مُعسِراً؛ لأنَّه ضمانُ التَّملُّكِ.

(وفي قَولِ محمَّد: يَضْمَنُ الأقَلَّ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِها ومِنْ نِصفِ ما بَقِي من بَدَلِ الكتابةِ)؛ لأنَّ حقَّ شَريكِهِ في نصفِ الرَّقبةِ على اعتبارِ العَجزِ، وفي نصفِ البَدَلِ على اعتبارِ الأداءِ، فَلِلتَّردُّدِ بينهما يجبُ أقلُّهما.

قال: (وإذا كان الثَّاني لم يَطأها، ولكن دَبَّرَها[2] ثُمَّ عَجَزَتْ بَطَلَ التَّدبيرُ)؛ لأنَّه لم يُصادِفِ المِلكَ. أمَّا عندهما فظاهرٌ؛ لأنَّ المُستولِدَ تَمَلَّكَها قبلَ العَجزِ.

وأمَّا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ فلأنَّه بالعَجزِ تبيَّنَ أنَّه تَمَلَّكَ نَصيبَهُ من وَقتِ الوَطءِ، فتَبَيَّنَ أنَّه مُصادِفٌ مِلكَ غَيرِهِ، والتَّدبيرُ يَعتمِدُ المِلكَ. بخلافِ النَّسَبِ لأنَّه يَعتمِدُ الغُرورَ على ما مَرَّ.

قال: (وهي أمُّ ولدٍ لِلأوَّلِ)؛ لأنَّه تمَلَّكَ نصيبَ شَريكِهِ وكَمَّلَ الاستيلادَ على ما بيَّنَّا[3]، (ويَضْمَنُ لِشَريكِهِ نِصفَ عُقْرِها) لِوَطئِهِ جاريةً مُشتَرَكَةً، (ونِصفَ قِيمَتِها)؛ لأنَّه تَمَلَّكَ نِصفَها بالاستيلادِ، وهو تَمَلُّكٌ بالقيمة، (والوَلَدُ وَلَدُ الأوَّلِ)؛

---

(١) أي: في تعليل قول أبي حنيفة. عناية.

(٢) أي: بعدما استولَدَها الأوَّل. بناية.

(٣) يعني: في تعليل قول أبي حنيفة، وهو قوله: «وتبيَّن أنَّ الجاريةَ كلَّها أمُّ ولدٍ للأوَّل، لأنَّه زال المانع من الانتقال». عناية.

وإنْ كانا كاتَبَاها، ثُمَّ أعتَقَها أحَدُهما وهو مُوسِرٌ، ثمَّ عَجَزَتْ، يَضْمَنُ المُعتِقُ لِشَرِيكِهِ نِصفَ قِيمَتِها، ويَرجِعُ بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَرجِعُ عليها. ......

لأنَّه صحَّتْ دعوتُهُ لقيامِ المُصحِّحِ، وهذا قولُهُم جميعاً، ووجهُهُ ما بيَّنَّا[1].

قال: (وإنْ كانا كاتَبَاها، ثُمَّ أعتَقَها أحَدُهما وهو مُوسِرٌ، ثمَّ عَجَزَتْ، يَضْمَنُ المُعتِقُ لِشَرِيكِهِ نِصفَ قِيمَتِها، ويَرجِعُ بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَرجِعُ عليها)؛ لأنَّها لمَّا عجزَتْ ورُدَّتْ في الرِّقِّ تصيرُ كأنَّها لم تَزَلْ قِنَّةً.

والجوابُ فيه[2] على الخلافِ في الرُّجوعِ[3] وفي الخياراتِ[4] وغيرِها كما هو مسألةُ تَجزُّؤِ الإعتاقِ، وقد قرَّرناه في الإعتاق.

فأمَّا قبلَ العَجزِ ليس له أنْ يُضَمِّنَ المُعتِقَ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الإعتاقَ لمَّا كان يَتجزَّأ عنده، كان أثَرُهُ أنْ يَجعَلَ نَصيبَ غيرِ المُعتِقِ كالمُكاتَبِ، فلا يَتَغيَّرُ به نَصيبُ صاحِبِهِ؛ لأنَّها مُكاتَبَةٌ قبلَ ذلك.

وعندهما: لمَّا كان لا يَتجزَّأ يَعتِقُ الكُلُّ، فله أن يُضَمِّنَه قِيمَةَ نَصيبِهِ مُكاتَباً إنْ كان مُوسِراً، ويُستَسْعَى العبدُ إنْ كان مُعسِراً؛ لأنَّه ضَمانُ إعتاقٍ، فَيَختلِفُ باليسارِ والإعسارِ.

---

(١) أي: في تعليلِ القولين، أمَّا طرَفُ أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفاً من قوله: «وتبيَّنَ أنَّ الجارية ...» إلخ، وأمَّا طَرَفُهما فهو قوله: «لأنَّه لمَّا ادَّعى الأوَّلُ صارت كلُّها أمَّ ولد له ...» إلخ. عناية.

(٢) أي: في إعتاقِ أحدِ الشَّريكين القِنَّ. بناية.

(٣) فإنَّ عند أبي حنيفة إذا ضَمَّنَ السَّاكتُ المُعتِقَ، فالمُعتِقُ يَرجِعُ على العبد، وعندهما لا يَرجِعُ عليه. عناية.

(٤) عند أبي حنيفة السَّاكتُ مُخيَّرٌ بين الخياراتِ الثَّلاث: إن شاء أعتَقَ، وإن شاءَ استَسْعَى العبدَ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ شَريكَهُ قِيمَةَ نَصيبِهِ. وعندهما: ليس له إلَّا الضَّمانُ مع اليسارِ، والسِّعايةُ مع الإعسار. عناية.

وإذا كانَ العبدُ بينَ رَجلَينِ دَبَّرَهُ أحَدُهما ثمَّ أعتَقَهُ الآخَرُ وهو مُوسِرٌ، فإنْ شاءَ الذي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ المُعتِقَ نِصفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّراً، وإنْ شاءَ اسْتَسْعَى العبدَ، وإنْ شاءَ أعتَقَ. وإنْ أعتَقَهُ أحَدُهما ثُمَّ دبَّرَهُ الآخَرُ لم يَكُنْ له أنْ يُضَمِّنَ المُعتِقَ، ويَستسعي العبدَ أو يَعتِقُ، وهذا عند أبي حنيفة، ....

قال: (وإذا كانَ العبدُ بينَ رَجلَينِ دَبَّرَهُ أحَدُهما ثمَّ أعتَقَهُ الآخَرُ وهو مُوسِرٌ، فإنْ شاءَ الذي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ المُعتِقَ نِصفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّراً، وإنْ شاءَ اسْتَسْعَى العبدَ، وإنْ شاءَ أعتَقَ. وإنْ أعتَقَهُ أحَدُهما ثُمَّ دبَّرَهُ الآخَرُ لم يَكُنْ له أنْ يُضَمِّنَ المُعتِقَ، ويَستسعي العبدَ أو يَعتِقُ، وهذا عند أبي حنيفة).

ووجهُهُ: أنَّ التَّدبيرَ يَتجزَّأ عنده، فَتَدبيرُ أحَدِهما يَقتَصِرُ على نَصيبِهِ، لكن يَفسُدُ به[1] نَصيبُ الآخَرِ، فَيَثبُتُ له خِيَرَةُ الإعتاقِ والتَّضمينِ والاستِسْعاءِ، كما هو مَذهبُهُ، فإذا أعتَقَ لم يَبْقَ له خيارُ التَّضمينِ والاستسعاءِ، وإعتاقُهُ يَقتَصِرُ على نَصيبِهِ؛ لأنَّه يتجزَّأ عنده، ولكن يَفسُدُ به نَصيبُ شَرِيكِهِ فلَهُ أنْ يُضمِّنَهُ قيمةَ نَصيبِهِ، وله خيارُ العتقِ والاستسعاءِ أيضاً كما هو مذهبُهُ، ويُضمِّنُهُ قيمةَ نَصيبِهِ مُدبَّراً؛ لأنَّ الإعتاقَ صادَفَ المُدبَّرَ.

ثمَّ قيل: قيمةُ المُدبَّرِ تُعرَفُ بِتقويمِ المُقوِّمينَ، وقيل: يجبُ ثُلُثا قِيمَتِهِ وهو قِنٌّ؛ لأنَّ المَنافعَ أنواعٌ ثلاثةٌ: البيعُ وأشباهُهُ[2]، والاستخدامُ وأمثالُهُ[3]، والإعتاقُ وتوابِعُهُ[4]، والفائتُ البيعُ، فَيَسقُطُ الثُّلُثُ.

وإذا ضَمَّنَهُ لا يَتملَّكُه بالضَّمانِ؛ لأنَّه[5] لا يَقبَلُ الانتقالَ مِنْ مِلكٍ إلى مِلكٍ،

---

(١) أي: بالتَّدبير.

(٢) أي: ما أشبَهَهُ في كونِهِ يَخرجُ عن المِلكِ، كالهبةِ والصَّدقةِ والإرثِ والوصيَّة.

(٣) أي: أمثاله في كونِهِ انتفاعاً بالمنافع، كالإجارةِ والعاريَّةِ والوطء.

(٤) وتوابعُ الاعتاقِ كالكتابةِ والاستيلادِ والتَّدبيرِ والإعتاق على مال. عناية.

(٥) أي: المدبَّر.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دَبَّرَه أحَدُهما فَعِتْقُ الآخَرِ باطلٌ، ويَضْمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ مُوسِراً كان أو مُعسِراً، وإنْ أعتَقَهُ أحَدُهما، فَتَدبِيرُ الآخَرِ باطِلٌ، ويَضْمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ إنْ كان مُوسِراً، ويسعى العبدُ في ذلك إنْ كان مُعسِراً.

كما إذا غَصَبَ مدبَّراً فأبَقَ[1].

وإن أعتَقَهُ أحَدُهما أوَّلاً، كان للآخَرِ الخياراتُ الثَّلاثُ[2] عنده، فإذا دَبَّرَه لم يَبقَ له خيارُ التَّضمينِ وبَقِيَ خيارُ الإعتاقِ والاستسعاءِ؛ لأنَّ المدبَّرَ يَعتِقُ ويُستَسْعَى.

(وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دَبَّرَه أحَدُهما فَعِتْقُ الآخَرِ باطلٌ)؛ لأنَّه لا يَتجزَّأ عندهما، فَيَتملَّكُ نصيبَ صاحبِهِ بالتَّدبير، (ويَضْمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ مُوسِراً كان أو مُعسِراً)؛ لأنَّه ضمانُ تَملُّكٍ فلا يَختلِفُ باليَسارِ والإعسارِ، ويَضمَنُ نِصفَ قيمتِهِ قِنّاً؛ لأنَّه صادَفَهُ التَّدبيرُ وهو قِنٌّ.

(وإنْ أعتَقَهُ أحَدُهما، فَتَدبِيرُ الآخَرِ باطِلٌ)؛ لأنَّ الإعتاقَ لا يَتجزَّأ، فَيَعتِقُ كلُّهُ، فلم يُصادِفِ التَّدبيرُ المِلكَ، وهو يَعتمِدُه[3]، (ويَضْمَنُ نِصفَ قِيمَتِهِ إنْ كان مُوسِراً ويسعى العبدُ في ذلك إنْ كان مُعسِراً)؛ لأنَّ هذا ضمانُ الإعتاقِ، فيختلِفُ ذلك باليسارِ والإعسارِ عندهما، والله أعلم.

---

(١) فإنَّه يضمنه ولا يتملَّكُه. بناية.

(٢) أي: خيار الاعتاقِ، والتَّضمين، والاستسعاء.

(٣) أي: التَّدبيرُ يعتمدُ الملكِ.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

وإذا عَجَزَ المُكاتَبُ عن نَجْمٍ نَظَرَ الحاكمُ في حالِهِ، فإنْ كانَ له دَينٌ يَقبِضُهُ، أو مالٌ يَقدُمُ عليه، لم يُعجِّلْ بِتَعجِيزِهِ وانتَظَرَ عليه اليَومَينِ أو الثَّلاثَةَ. فإنْ لم يكنْ له وَجْهٌ وطَلَبَ المَولَى تَعجِيزَهُ، عَجَّزَهَ وفَسَخَ الكتابةَ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يُعَجِّزُهُ حتَّى يَتَوالَى عليه نَجْمانِ. ....

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

قال: (وإذا عَجَزَ المُكاتَبُ عن نَجمٍ نَظَرَ الحاكمُ في حالِهِ، فإنْ كانَ له دَينٌ يَقبِضُهُ[1]، أو مالٌ يَقدُمُ عليه، لم يُعجِّلْ بِتَعجِيزِهِ وانتَظَرَ عليه اليَومَينِ أو الثَّلاثَةَ) نظَراً للجانِبَينِ، والثَّلاثُ هي المُدَّةُ التي ضُرِبت لإبلاءِ الأعذارِ، كإمهالِ الخَصمِ لِلدَّفعِ والمَديونِ لِلقَضاءِ، فلا يُزادُ عليه.

(فإنْ لم يكنْ له وَجْهٌ[2] وطَلَبَ المَولَى تَعجِيزَهُ، عَجَّزَهَ وفَسَخَ الكتابةَ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يُعَجِّزُهُ حتَّى يَتَوالَى عليه نَجْمانِ)؛ لقولِ عليٍّ رضي الله عنه: «إذا تَوالى على المُكاتَب نَجمانِ رُدَّ في الرِّقِّ»[3] علَّقَه بهذا الشَّرطِ، ولأنَّه عقدُ إرفاقٍ[4]، حتَّى كان أحسَنُهُ مُؤجَّلَهُ، وحالةُ الوجوبِ بعدَ حُلولِ نَجمٍ، فلا بدَّ من إمهالِ مدَّةٍ استيساراً، وأولى المُدَدِ ما تَوافَقَ عليه العاقدان.

---

(١) وفي (أ): «لم يَقبِضه». والمعنى واحد.

(٢) أي: جهةٌ يتحصَّلُ منها المال. بناية.

(٣) رواه ابنُ أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: من رد المكاتب إذا عجز (٢١٤١٣) عن عليٍّ قال: «إذا تتابَعَ على المكاتَبِ نَجمانِ فلم يُؤدِّ نُجُومَهُ، رُدَّ في الرِّقِّ».

(٤) أي: رِفقٍ، ومبناه على المسامحة.

فإنْ أخَلَّ بِنَجمٍ عندَ غَيرِ السُّلطانِ، فعَجَزَ فرَدَّهُ مَولاهُ بِرِضاهُ، فهو جائزٌ، ولو لم يَرضَ به العبدُ لا بدَّ من القَضاءِ بالفَسخِ. وإذا عَجَزَ المُكاتَبُ عادَ إلى أحكامِ الرِّقِّ، وما كانَ في يَدِهِ منَ الأكسابِ فهو لِمَولاه. ....

ولهما: أنَّ سببَ الفَسخِ قد تحقَّقَ، وهو العَجزُ؛ لأنَّ من عَجَزَ عن أداءِ نَجمٍ واحدٍ يكونُ أعجَزَ عن أداءِ نَجْمَينِ، وهذا لأنَّ مقصودَ المولى الوُصولُ إلى المالِ عندَ حُلولِ نَجمٍ، وقد فاتَ، فَيُفسَخُ إذا لم يكن راضياً بدونِهِ، بخلاف اليومين والثَّلاثةِ؛ لأنَّه لا بِدَّ منها؛ لإمكانِ الأداءِ، فلم يكن تأخيراً، والآثارُ متعارِضةٌ، فإنَّ المَرويَّ عن ابنِ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنَّ مُكاتَبَةً له عَجَزَت عن أداءِ نجمٍ واحدٍ، فردَّها[1]، فسَقَطَ الاحتجاجُ بها.

قال: (فإنْ أخَلَّ بِنَجمٍ عندَ غَيرِ السُّلطانِ[2]، فعَجَزَ فرَدَّهُ مَولاهُ بِرِضاهُ، فهو جائزٌ)؛ لأنَّ الكتابةَ تُفسَخُ بالتَّراضي من غيرِ عذرٍ، فبالعُذرِ أولى. (ولو لم يَرضَ به العبدُ لا بدَّ من القَضاءِ بالفَسخِ)؛ لأنَّه عقدٌ لازِمٌ تامٌّ فلا بدَّ من القضاءِ أو الرِّضا، كالرَّدِّ بالعيبِ بعدَ القبضِ.

قال: (وإذا عَجَزَ المُكاتَبُ عادَ إلى أحكامِ الرِّقِّ)؛ لانفساخِ الكتابةِ، (وما كانَ في يَدِهِ منَ الأكسابِ فهو لِمَولاه)؛ لأنَّه ظهَرَ أنَّه كَسْبُ عَبدِهِ، وهذا[3] لأنَّه كان موقوفاً عليه، أو على مولاه، وقد زال التَّوقُّفُ.

---

(١) قال الزيلعي (٤/١٤٦):

غريب، لكن روى ابنُ أبي شيبة في مصنَّفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: من رد المكاتب إذا عجز (٢١٤١٥) عن عطاءٍ أنَّ ابنَ عمرَ كاتَبَ غلاماً له على ألفِ دينارٍ، فأدَّاها إلَّا مائةً، فَرَدَّه في الرِّقِّ».

(٢) المرادُ بالإخلالِ هاهنا تَرْكُ أداءِ وظيفةِ بدَلِ الكتابةِ في الوقتِ الذي اتَّفَقا على تَعيينِهِ في أدائها. عناية.

(٣) أي: وجهُ الظهور أنَّ الكسبَ كان موقوفاً ... إلخ. بناية.

فإنْ ماتَ المُكاتَبُ ولَهُ مالٌ، لم تَنفَسِخِ الكتابةُ، وقُضِيَ ما عليه مِنْ مالِهِ وحُكِمَ بِعِتْقِهِ في آخِرِ جُزءٍ من أجزاءِ حياتِهِ، وما بَقِيَ فهو مِيراثٌ لِوَرَثَتِهِ، ويَعتِقُ أولادُهُ، ......

قال: (فإنْ ماتَ المُكاتَبُ ولَهُ مالٌ، لم تَنفَسِخِ الكتابةُ، وقُضِيَ ما عليه مِنْ مالِهِ وحُكِمَ بِعِتْقِهِ في آخِرِ جُزءٍ من أجزاءِ حياتِهِ، وما بَقِيَ فهو مِيراثٌ لِوَرَثَتِهِ، ويَعتِقُ أولادُهُ)، وهذا قولُ عليٍّ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما[١]، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله.

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[٢]: تَبطُلُ الكتابةُ، ويَموتُ عبداً، وما تَرَكه لمولاه، وإمامُهُ في ذلك زيدُ بنُ ثابتٍ رضي الله عنه، ولأنَّ المقصودَ من الكتابةِ عِتقُهُ، وقد تَعذَّرَ إثباتُهُ فَتبطُلُ، وهذا لأنَّه لا يخلو: إمَّا أن يَثبُتَ بعدَ المَماتِ مَقصوداً، أو يَثبُتَ قبلَهُ، أو بعدَهُ مُستنِداً، لا وَجْهَ إلى الأوَّلِ لِعَدَمِ المَحلِّيَّةِ، ولا إلى الثَّاني لِفَقدِ الشَّرطِ وهو الأداءُ، ولا إلى الثَّالثِ لِتعذُّرِ الثُّبوتِ في الحال، والشَّيءُ يَثبُتُ ثمَّ يَستنِدُ.

ولنا: أنَّه عقدُ مُعاوَضَةٍ، ولا يَبطُلُ بِموتِ أحدِ المُتعاقِدَينِ، وهو المولى، فكذا بموتِ الآخَرِ، والجامعُ بينهما الحاجةُ إلى إبقاءِ العقدِ لإحياءِ الحقِّ، بل أولى لأنَّ حقَّه آكَدُ من حقِّ المولى، حتَّى لَزِمَ العقدُ في جانِبِهِ، والموتُ أنفى للمالكيَّةِ منه لِلمَملوكيَّةِ، فَيُنزَّلُ حيَّاً تقديراً، أو تَستنِدُ الحرِّيَّةُ باستنادِ سببِ الأداءِ إلى ما قبلَ الموتِ، ويكونُ أداءُ خَلَفِهِ كأدائِهِ، وكلُّ ذلك ممكنٌ على ما عُرِفَ تمامُهُ في الخِلافيَّات.

---

(١) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب المكاتب، باب: موت المكاتب (٢٢٢٠٧) عن الشَّعبيِّ قال: كان زيدُ بنُ ثابت رضي الله عنه يقول: المكاتَبُ عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ، لا يَرِثُ ولا يُورَث. وكان عليٌّ رضي الله عنه يقول: إذا ماتَ المكاتَبُ وتَرَكَ مالاً قُسِمَ ما تَرَكَ على ما أدَّى وعلى ما بَقِي، فما أصاب ما أدَّى فَللورثةِ، وما أصاب ما بقي فَلِمواليه. وكان عبد الله رضي الله عنه يقول: يؤدَّى إلى مواليه ما بقي عليه من مُكاتَبَتِهِ ولِوَرثتِهِ ما بقي.

(٢) قال النووي في الروضة (٨/ ٥٠٦) الكتب العلمية: إذا مات المكاتَبُ قبلَ تمامِ الأداء، انفسَخَت الكتابة، ومات رقيقاً، فلا يورث، وتكون أكسابُهُ لسيِّدِه، وتجهيزُهُ عليه، سواءٌ خلَّفَ وفاءً بالنُّجوم، أم لا، وسواء كان الباقي قليلاً أم كثيراً، وسواء كان حطَّ عنه شيئاً، أم لا .اهـ.

وإنْ لم يَترُكْ وَفاءً وتَرَكَ وَلَداً مَولُوداً في الكتابةِ، سَعَى في كِتابَةِ أبيهِ على نُجُومِهِ، فإذا أَدَّى حَكَمْنا بِعِتقِ أبيه قبلَ مَوتِهِ وعَتَقَ الوَلَدُ، وإنْ تَركَ وَلَدَاً مُشترَىً في الكتابَةِ، قيلَ له: إمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ بدَلَ الكتابةِ حالَّةً، أو تُرَدَّ رَقيقاً، فإنِ اشْتَرَى ابنَهُ، ثمَّ ماتَ وتَرَكَ وَفاءً، وَرِثَهُ ابنُهُ، وكذلكَ إنْ كانَ هو وابنُهُ مُكاتبَينِ كِتابَةً واحِدَةً. ....

قال: (وإنْ لم يَترُكْ وَفاءً وتَرَكَ وَلَداً مَولُوداً في الكتابةِ، سَعَى في كِتابَةِ أبيهِ على نُجُومِهِ، فإذا أَدَّى حَكَمْنا بِعِتقِ أبيه قبلَ مَوتِهِ وعَتَقَ الوَلَدُ)؛ لأنَّ الوَلَدَ داخلٌ في كتابتِهِ، وكَسْبُهُ ككسبِهِ، فَيَخلُفُهُ في الأداءِ، وصار كما إذا تركَ وفاءً.

(وإنْ تَرَكَ ولَدَاً مُشترَىً في الكتابةِ قيلَ له: إمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ بدَلَ الكتابةَ حالَّةً، أو تُرَدَّ رَقيقاً) وهذا عند أبي حنيفة.

وأمَّا عندهما: يُؤَدِّيه إلى أجلِهِ اعتباراً بالولَدِ المَولُودِ في الكتابةِ، والجامعُ أنَّه يُكاتَبُ عليه تبَعاً له، ولهذا يَملِكُ المولى إعتاقَهُ، بخلافِ سائرِ أكسابِهِ.

ولأبي حنيفة: وهو الفَرْقُ بينَ الفَصلَينِ[1]، أنَّ الأجلَ يَثبُتُ شَرْطاً في العقدِ، فَيَثبُتُ في حقِّ مَنْ دخَلَ تحتَ العقدِ، والمُشتَرَى لم يَدخلْ لأنَّه لم يُضَفْ إليه العقدُ، ولا يَسري حُكمُهُ إليه لانفصالِهِ، بخلافِ المَولودِ في الكتابةِ؛ لأنَّه مُتَّصلٌ وقتَ الكتابةِ، فَيَسري الحُكمُ إليه، وحيثُ دخَلَ في حُكمِهِ سَعَى في نُجومِهِ.

(فإنِ اشْتَرَى ابنَهُ، ثمَّ ماتَ وتَرَكَ وَفاءً، وَرِثَهُ ابنُهُ)؛ لأنَّه لمَّا حُكِمَ بحرِّيَّتِهِ في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياتِهِ، يُحكَمُ بحرِّيَّةِ ابنِهِ في ذلك الوقتِ؛ لأنَّه تبَعٌ لأبيهِ في الكتابةِ، فيكونُ هذا حرّاً يَرِثُ عن حُرٍّ.

(وكذلكَ إنْ كانَ هو وابنُهُ مُكاتبَينِ كِتابَةً واحِدَةً)؛ لأنَّ الوَلَدَ إن كان صَغيراً فهو تَبَعٌ لأبيهِ، وإنْ كان كبيراً جُعِلا كَشَخصٍ واحدٍ، فإذا حُكِمَ بحرِّيَّةِ الأبِ يُحكَمُ بحرِّيَّتهِ في تلك الحالةِ على ما مَرَّ.

---

(١) أي: فَصلُ الولدِ المُشترى في الكتابةِ، وفصلِ الولدِ المولود فيها.

وإنْ ماتَ المُكاتَبُ وله وَلَدٌ من حُرَّةٍ، وترَكَ ديناً وَفاءً بِمُكاتبَتِهِ، فَجَنى الوَلَدُ فَقُضِيَ به على عاقِلَةِ الأمِّ، لم يكنْ ذلك قَضاءً بِعَجزِ المُكاتَبِ. وإنِ اختصَمَ مَوالي الأمِّ ومَوالي الأبِ في وَلائِهِ، فَقُضِي به لِمَوالي الأمِّ، فهو قَضاءٌ بِالعَجزِ. وما أدَّى المُكاتَبُ مِنَ الصَّدَقاتِ إلى مَولاهُ، ثمَّ عَجَزَ، فهو طَيِّبٌ لِلمَولَى لِتبدُّلِ المِلكِ.

قال: (وإنْ ماتَ المُكاتَبُ وله وَلَدٌ من حُرَّةٍ، وترَكَ ديناً وَفاءً بِمُكاتبَتِهِ، فَجَنى الوَلَدُ فَقُضِيَ به على عاقِلَةِ الأمِّ، لم يكنْ ذلك قَضاءً بِعَجزِ المُكاتَبِ)؛ لأنَّ هذا القضاءَ يُقرِّرُ حُكمَ الكتابةِ؛ لأنَّ من قِضيَّتِها إلحاقَ الوَلدِ بِمَوالي الأمِّ، وإيجابَ العَقلِ عليهم، لكن على وَجهٍ يَحتمِلُ أن يَعتِقَ[1]، فَينجَرُّ الوَلاءُ إلى موالي الأبِ، والقضاءُ بما يُقرِّرُ حُكمَهُ لا يَكونُ تَعجيزاً.

(وإنِ اختصَمَ مَوالي الأمِّ ومَوالي الأبِ في وَلائِهِ[2]، فَقُضِي به لِمَوالي الأمِّ، فهو قَضاءٌ بِالعَجزِ)؛ لأنَّ هذا اختلافٌ في الولاءِ مَقصوداً، وذلك يَبتني على بقاءِ الكتابةِ وانتِقاضِها، فإنَّها إذا فُسِخَت ماتَ عبداً واستقرَّ الوَلاءُ على موالي الأمِّ، وإذا بَقِيَتْ واتَّصَلَ بها الأداءُ ماتَ حرّاً، وانتقَلَ الوَلاءُ إلى مَوالي الأبِ، وهذا فصلٌ مُجتَهَدٌ فيه، فينفُذُ ما يُلاقيهِ من القَضاءِ، فلهذا[3] كان تَعجيزاً.

قال: (وما أدَّى المُكاتَبُ مِنَ الصَّدَقاتِ إلى مَولاهُ[4]، ثمَّ عَجَزَ، فهو طَيِّبٌ لِلمَولَى لِتبدُّلِ المِلكِ)، فإنَّ العبدَ يَتملَّكُه صَدَقةً والمَولَى عِوَضاً عن العِتْقِ، وإليه

---

(١) يعني: استلزامُ الكتابةِ إلحاقَ الولدِ بموالي الأمِّ، وإيجابَ العقلِ عليهم على وجهٍ يحتملُ ان يعتقَ المكاتبُ ... إلخ. بناية.

(٢) صورتها: ماتَ هذا الولدُ بعد الأبِ، واختصَمَ موالي الأبِ وموالي الأمِّ، فقال موالي الأمِّ: ماتَ رقيقاً والوَلاء لنا، وقال موالي الأبِ: ماتَ حرّاً والولاءُ لنا. فَقُضِي بولائِهِ لِمَوالي الأمِّ، فهو قضاءٌ بالعَجزِ وفَسْخٌ للكتابة، لأنَّ هذا الاختلافَ اختلافٌ في الولاءِ مَقصوداً. عناية.

(٣) أي: لأجل نفوذ القضاء.

(٤) أراد أنَّ المكاتبَ إذا أخذ شيئاً من الزَّكاة، وأدَّاه إلى مولاه من بدلِ الكتابة. بناية.

وَقَعَتِ الإشارةُ النَّبويَّةُ في حديثِ بَريرةَ رضي الله عنها: «هي لها صدَقَةٌ، ولنا هديةٌ»[(١)].

وهذا بخلافِ ما إذا أباحَ لِلغَنيِّ والهاشميِّ[(٢)]؛ لأنَّ المُباحَ له يَتناوَلُهُ على مِلكِ المُبيح، فلم يتبدَّل المِلكُ، فلا نُطيِّبُهُ.

ونظيرُهُ المُشتري شِراءً فاسداً إذا أباحَ لِغَيرِهِ، لا يَطيبُ له، ولو مَلَكَه يطيب[(٣)].

ولو عَجزَ قبلَ الأداءِ إلى المَولَى[(٤)] فكذلك الجوابُ، وهذا عند محمدٍ ظاهرٌ؛ لأنَّ بالعَجزِ يَتبدَّلُ المِلكُ عنده، وكذا عند أبي يوسف، وإن كان بالعَجزِ يتقرَّرُ مِلكُ المولى عنده؛ لأنَّه لا خُبثَ في نفسِ الصَّدقةِ، وإنَّما الخُبثُ في فِعلِ الآخِذِ؛ لكونِهِ إذلالاً به[(٥)]، فلا يجوزُ ذلك للغَنيِّ من غيرِ حاجةٍ، ولِلهاشميِّ لزيادةِ حُرمَتِهِ، والأخذُ لم يُوجَدْ من المَولَى، فصار كابنِ السَّبيلِ إذا وَصَل إلى وَطنِهِ، والفقيرِ إذا استغنَى وقد بَقِيَ في أيديهما ما أخذا من الصَّدقةِ، فإنَّه يطيبُ لهما، وعلى هذا إذا أُعتِقَ المُكاتَبُ واستَغنَى، يطيبُ له ما بَقِيَ من الصَّدقةِ في يده.

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح، باب: الحرَّة تحت العبد (٤٨٠٩)، ومسلم في العتق، باب: إنَّما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، واللَّفظُ للبخاري عن عائشةَ رضي الله عنها قالت: كان في بَريرةَ ثلاثُ سُنَنٍ، عَتَقَتْ فَخُيِّرتْ، وقال رسول الله ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ»، ودخلَ رسول الله ﷺ وبُرْمَةٌ على النَّار، فَقُرِّب إليه خُبزٌ وأُدْمٌ من أُدمِ البيت، فقال: «ألَمْ أرَ البُرْمَةَ»؟، فقيل: لحمٌ تُصُدِّق به على بَريرةَ، وأنتَ لا تأكلُ الصَّدقةَ، قال: «هو عليها صدقةٌ، ولنا هدية».

و«البُرْمَة»: القِدرُ مُطلَقاً، وجمعها «بِرَام» وهي في الأصل المُتَّخَذةُ من الحَجَرِ المعروف في الحجاز واليمن. النهاية في غريب الحديث.

(٢) أي: هذا بخلافِ ما إذا أباح الفقيرُ ما أَخَذَ من الزَّكاةِ لغنيٍّ أو هاشميٍّ، فإنَّه لا يطيبُ لهما؛ لأنَّ المباحَ له يتناوله على ملكِ المُبيحِ، فلم يَتبدَّلْ سببُ المِلك. عناية.

(٣) صورته: رجل اشترى طعاماً بعقد فاسد، ثمَّ أباح المشتري الطعامَ لغيره، لا يطيبُ لذلك الغير أن يأكل من هذا الطَّعامِ، لأنَّ الملكَ غيرُ مستقرٍّ لوجوب فسخِ العقد، أمَّا لو ملَّكه الغيرُ بأن وهَبَهُ المشتري الطَّعامَ او باعه إيَّاه، حلَّ التَّناولُ.

(٤) أي: ولو عجَزَ المكاتبُ عن الكتابة قبلَ أداءِ ما أخذه من الزَّكاةِ إلى المَولَى.

(٥) أي: بالأخذ.

وإذا جَنَى العبدُ فَكاتَبَهُ مَولاهُ ولم يَعْلَمْ بِالجِنايةِ، ثمَّ عَجزَ، فإنَّه يُدفَعُ أو يُفدَى. وكذلكَ إذا جَنَى المُكاتَبُ ولم يُقْضَ به حتَّى عَجزَ، وإنْ قُضِيَ به عليه في كِتابَتِهِ، ثمَّ عَجزَ فهو دَيْنٌ يُباعُ فيه. ....

قال: (وإذا جَنَى العبدُ فَكاتَبَهُ مَولاهُ ولم يَعْلَمْ بِالجِنايةِ، ثمَّ عَجزَ، فإنَّه يُدفعُ[1] أو يُفدَى)؛ لأنَّ هذا مُوجَبَ جنايةِ العبدِ في الأصل، ولم يكن عالماً بالجنايةِ عندَ الكتابةِ، حتَّى يصيرَ مُختاراً لِلفِداءِ، إلَّا أنَّ الكتابةَ مانِعةٌ من الدَّفعِ، فإذا زالَ عادَ الحُكمُ الأصليُّ.

(وكذلكَ إذا جَنَى المُكاتَبُ ولم يُقْضَ به[2] حتَّى عَجزَ)؛ لِما بيَّنَّا من زوالِ المانعِ، (وإنْ قُضِيَ به عليه في كِتابَتِهِ، ثمَّ عَجزَ فهو دَيْنٌ يُباعُ فيه)؛ لانتقالِ الحقِّ من الرَّقبةِ إلى قيمتِهِ بالقضاءِ، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد، وقد رجع أبو يوسف إليه، وكان يقولُ أوَّلاً: يُباعُ فيه وإنْ عَجزَ قبلَ القضاءِ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّ المانعَ من الدَّفعِ - وهو الكتابة - قائمٌ وقتَ الجنايةِ، فكما وَقَعَتِ انعقَدَتْ مُوجِبةً لِلقيمةِ، كما في جنايةِ المُدبَّرِ وأمِّ الولدِ.

ولنا: أنَّ المانعَ[3] قابِلٌ لِلزَّوالِ؛ لِلتَّردُّدِ[4]، ولم يَثْبُتِ الانتقالُ في الحالِ[5]، فيتوقَّفُ على القضاءِ أو الرِّضا، وصار كالعبدِ المَبيعِ إذا أبَقَ قبلَ القَبضِ، يَتوقَّفُ الفَسخُ على القضاءِ؛ لِتردُّدِهِ واحتمالِ عَودِهِ، كذا هذا، بخلافِ التَّدبيرِ والاستيلادِ؛ لأنَّهما لا يَقبلانِ الزَّوالَ بحالٍ[6].

---

(١) أي: إلى وَليِّ الجناية.

(٢) أي: بموجَبِ الجنايةِ.

(٣) أي: المانعُ من الحكم الأصليِّ ...

(٤) أي: لتردُّدِ المكاتَبِ بينَ أن يؤدِّيَ فيعتق، وبين أن يعجزَ فيُردَّ إلى الرِّقِّ. بناية.

(٥) أي: الانتقال عن الموجَبِ الأصليِّ. بناية.

(٦) أي: فكان الموجَبُ في الابتداء هو القيمة.

وإذا ماتَ مَولَى المُكاتَبِ لم تَنفَسِخِ الكتابةَ، وقيل له: أدِّ المالَ إلى وَرَثةِ المَولَى على نُجُومِهِ، فإنْ أعتَقَهُ أحَدُ الوَرَثةِ لم يَنْفُذْ عِتقُهُ.

قال: (وإذا ماتَ مَولَى المُكاتَبِ لم تَنفَسِخِ الكتابةَ) كي لا يُؤدِّيَ إلى إبطالِ حقِّ المُكاتَبِ، إذِ الكتابةُ سببُ الحرِّيَّةِ، وسببُ حقِّ المرءِ حقُّهُ، (وقيل له: أدِّ المالَ إلى وَرَثةِ المَولَى على نُجُومِهِ)؛ لأنَّه استَحقَّ الحرِّيَّةَ على هذا الوجهِ، والسَّببُ انعَقَدَ كذلك، فَيَبقى بهذهِ الصِّفةِ ولا يَتغيَّرُ، إلَّا أنَّ الوَرثةَ يَخلُفُونَه في الاستيفاء.

(فإنْ أعتَقَهُ أحَدُ الوَرَثةِ لم يَنْفُذْ عِتقُهُ)؛ لأنَّه لم يَملِكْه، وهذا لأنَّ المُكاتَبَ لا يُملَكُ بسائرِ أسبابِ المِلْكِ، فكذا بِسبَبِ الوِراثةِ.

وإنْ أعتَقُوه جميعاً عَتَقَ وسَقَطَ عنه بدَلُ الكتابةِ؛ لأنَّه يَصيرُ إبراءً عن بدَلِ الكتابةِ، فإنَّه حقُّهُم، وقد جَرَى فيه الإرثُ، وإذا بَرِئَ المُكاتَبُ عن بدَلِ الكتابةِ يَعتِقُ كما إذا أبرأه المولى، إلَّا أنَّه إذا أعتَقَهُ أحدُ الورثةِ لا يَصيرُ إبراءً عن نَصيبِهِ؛ لأنَّا نَجعَلُهُ إبراءً اقتِضاءً تَصحيحاً لِعتقِهِ، والعِتقُ لا يَثبُتُ بإبراءِ البعضِ أو أدائِهِ في المُكاتَبِ، لا في بَعضِهِ ولا في كلِّهِ، ولا وَجْهَ إلى إبراءِ الكلِّ لِحَقِّ بقيَّةِ الورثة، والله أعلم.



كتاب الولاء

كِتَابُ الولاء

وإذا أعتَقَ المَولَى مَمْلُوكَهُ فَوَلاؤُهُ له.

(كتاب الولاء[١])

الوَلاءُ نوعان:

- وَلاءُ عَتاقَةٍ، ويُسمَّى وَلاءَ نِعمَةٍ، وسَبَبُهُ العِتقُ على مِلكِه في الصَّحيح، حتَّى لو عَتَقَ قَرِيبُهُ عليه بالوِراثَةِ[٢] كان الوَلاءَ له.

- ووَلاءُ مُوالاةٍ، وسببُهُ العَقدُ، ولهذا يُقالُ: «وَلاءُ العَتاقَةِ ووَلاءُ المُوالاةِ»، والحُكمُ يُضافُ إلى سَبَبِهِ، والمعنى فيهما التَّناصُرُ، وكانتِ العربُ تَتَناصَرُ بأشياءَ، وقرَّرَ النَّبيُّ ﷺ تَناصُرَهُم بالوَلاءِ بِنَوعيهِ فقال: «إنَّ مَولَى القَومِ منهم، وحَليفَهُم منهم»[٣]، والمرادُ بالحَليفِ مَولَى المُوالاةِ؛ لأنَّهم كانوا يُؤكِّدون المُوالاةَ بالحِلْفِ.

قال: (وإذا أعتَقَ المَولَى مَمْلُوكَهُ فَوَلاؤُهُ له)؛ لقوله ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ»[٤]،

---

(١) الوَلاءُ لغة: عبارةٌ عن النُّصرةِ والمَحبَّةِ، وهو مُشتَقٌّ من الوَلْي وهو القُرْب، وحُصولُ الثَّاني بعدَ الأوَّلِ من غَيرِ فَصْلٍ. وفي عرف الفقهاء: عبارةٌ عن تَناصُرٌ يُوجِبُ الإرثَ والعَقْلَ. عناية.

(٢) أي: بأن وَرِثَ ابنَهُ وأباه.

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٣٤٠) (١٩٢٠١)، والطبراني في الكبير (١/ ٣١٦) (٩٣٦)، والحاكم (١/ ٥٦١) (١٤٦٨) عن رفاعة بن رافع قال: قال رسول الله ﷺ: «مولى القَومِ منهم، وابنُ أختِهِم منهم، وحَليفُهُم منهم».

(٤) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في البيوع، باب: إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل (٢٠٦١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: أرادت عائشةُ أمُّ المؤمنين أن تشتري جاريةً لِتَعتِقَها، فقال أهلُها على أنَّ وَلاءَها لنا، قال رسول الله ﷺ: «لا يَمنَعُكَ ذلك؛ فإنَّما الوَلاءَ لِمَنْ أعتَقَ».

فإنْ شَرَطَ أنَّهُ سائِبَةٌ، فالشَّرطُ باطلٌ، والوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ. وإذا أدّى المُكاتَبُ عَتَقَ وَوَلاؤُهُ لِلمَولَى، وإنْ عتَقَ بعدَ مَوتِ المَولَى، وكذا العبدُ المُوصَى بِعِتْقِهِ، أو بِشِرائِهِ وعِتْقِهِ بعدَ مَوتِهِ. وإنْ ماتَ المَولَى عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وأمَّهاتُ أولادِهِ وَوَلاؤُهُم له. ومَنْ مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عَتَقَ عليه وَوَلاؤُهُ له. ....

ولأنَّ التَّناصرَ به فَيَعقِلُهُ وقد أحياهُ معنىً بإزالةِ الرِّقِّ عنه، فَيَرِثُه ويصيرُ الوَلاءُ كالوِلادِ، ولأنَّ الغُنْمَ بالغُرْمِ، وكذا المرأةُ تَعتِقُ لِما روينا[1]، وماتَ مُعتَقٌ لابنةِ حَمزةَ رضي الله عنها عنها وعن بنتٍ، فجَعَلَ النَّبيُّ ﷺ المالَ بينهما نِصفَين[2].

ويَستوي فيه الإعتاقُ بمالٍ وبغيره؛ لإطلاقِ ما ذكرناه.

قال: (فإنْ شَرَطَ أنَّهُ سائِبَةٌ[3]، فالشَّرطُ باطلٌ والوَلاءُ لِمَنْ أعتَقَ)؛ لأنَّ الشَّرطَ مُخالِفٌ للنَّصِّ فلا يَصحُّ.

قال: (وإذا أدَّى المُكاتَبُ عَتَقَ وَوَلاؤُهُ لِلمَولَى، وإنْ عتَقَ بعدَ مَوتِ المَولَى)؛ لأنَّه عتَقَ عليه بما باشَرَ من السَّببِ، وهو الكتابة، وقد قرَّرناه في المُكاتَب.

(وكذا العبدُ المُوصَى بِعِتْقِهِ، أو بِشِرائِهِ وعِتْقِهِ بعدَ مَوتِهِ)؛ لأنَّ فِعلَ الوصيِّ بعدَ موتِهِ كفعلِهِ، والتَّركةُ على حُكمِ مِلكِهِ.

(وإنْ ماتَ المَولَى عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وأمَّهاتُ أولادِهِ)؛ لِما بيَّنَّا في العِتاق (وَوَلاؤُهُم له)؛ لأنَّه أعتَقَهُم بالتَّدبيرِ والاستيلادِ.

(ومَنْ مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عَتَقَ عليه)؛ لِما بيَّنَّا في العِتاق (وَوَلاؤُهُ له)؛ لوجودِ السَّببِ، وهو العِتقُ عليه.

---

(١) أراد الحديثَ المتقدِّمَ، و«من» في الحديث عامةٌ، فتتناول الذكورَ والإناثَ.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٤/ ٣٥٣) (٢٠٨٩٥)، ابنُ ماجه في الفرائض، باب: ميراث الولاء (٢٧٣٤) عن ابنةِ حمزةَ بنِ عبد المُطَّلب، قالت: ماتَ مولىً لي، وترَكَ ابنةً له، فقَسَم رسولُ اللهِ ﷺ مالَهُ بيني وبين ابنتِهِ، فجَعَلَ لي النِّصفَ ولها النِّصفَ.

(٣) أي: يكون حرّاً ولا وَلاءَ بينه وبين مُعتِقِهِ.

وإذا تزوَّجَ عبدُ رجلٍ أمَةً لآخَرَ، فأعتقَ مَولَى الأمَةِ الأمَةَ وهي حاملٌ مِنَ العبدِ، عَتَقَتْ وعَتَقَ حَمْلُها، ووَلاءُ الحملِ لِمَولَى الأمِّ لا يَنتَقِلُ عنه أبداً، وكذلكَ إذا وَلَدَتْ وَلَداً لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ أو وَلَدَتْ وَلَدَينِ أحَدُهُما لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ، فإنْ وَلَدَتْ بعدَ عِتقِها لأكثَرَ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ وَلَداً، فَوَلاؤُهُ لِمَوالي الأمِّ، فإنْ أُعتِقَ الأبُ جَرَّ وَلاءَ ابنِهِ، وانتقَلَ عن مَوالي الأمِّ إلى مَوالي الأبِ. ....

(وإذا تزوَّجَ عبدُ رجلٍ أمَةً لآخَرَ، فأعتقَ مَولَى الأمَةِ الأمَةَ وهي حاملٌ مِنَ العبدِ، عَتَقَتْ وعَتَقَ حَمْلُها، ووَلاءُ الحَملِ لِمَولَى الأمِّ لا يَنتَقِلُ عنه أبداً)؛ لأنَّه عتقَ على مَعتِقِ الأمِّ مَقصُوداً، إذْ هو جُزءٌ منها يَقبَلُ الإعتاقَ مَقصوداً، فلا يَنتقِلُ وَلاؤُه عنه عملاً بما روينا[١].

(وكذلكَ إذا وَلَدَتْ وَلَداً لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ)؛ لِلتَّيقُّنِ بقيامِ الحَملِ وقتَ الإعتاقِ (أو وَلَدَتْ وَلَدينِ أحَدُهُما لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ)؛ لأنَّهما توأمان يَتعلَّقان معاً.

وهذا بخلافِ ما إذا والَتْ رجلاً وهي حُبلَى والزَّوجُ وَالَى غيرَهُ، حيثُ يكونُ وَلاءُ الوَلَدِ لِمَولَى الأبِ؛ لأنَّ الجنينَ غيرُ قابِلٍ لهذا الوَلاءِ مَقصُوداً؛ لأنَّ تمامَهُ بالإيجابِ والقَبولِ، وهو ليس بِمَحلٍّ له.

قال: (فإنْ وَلَدَتْ بعدَ عِتقِها لأكثَرَ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ وَلَداً، فَوَلاؤُهُ لِمَوالي الأمِّ)؛ لأنَّه عتقَ تَبعاً للأمِّ؛ لاتِّصالِهِ بها بعدَ عِتْقِها، فَيَتبَعُها في الوَلاءِ، ولم يُتيَقَّنْ بقيامِهِ وَقْتَ الإعتاقِ حتَّى يَعتِقَ مَقصُوداً.

(فإنْ أُعتِقَ الأبُ جَرَّ وَلاءَ ابنِهِ، وانتَقَلَ عن مَوالي الأمِّ إلى مَوالي الأبِ)؛ لأنَّ العِتقَ هاهنا في الولدِ يَثبُتُ تَبعاً للأمِّ، بخلافِ الأوَّلِ، وهذا لأنَّ الوَلاءَ بمنزلةِ النَّسبِ؛ قال ﷺ: «الوَلاءُ لُحمَةٌ كَلُحمَةِ النَّسَبِ، لا يُباعُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَثُ»[٢]

---

(١) أراد قوله ﷺ: «الولاءُ لمن أعتق».

(٢) قال الزيلعي (٤/ ١٥١): أخرجه الشافعي في مسنده، والحاكم، والبيهقي، والطبراني، وابنُ حبَّان في صحيحه واللفظ له عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «الوَلاءُ لُحمَةٌ كَلُحمَةِ النَّسبِ، لا يُباعُ، =

وفي الجامع الصَّغير: وإذا تَزوَّجتْ مُعتَقَةٌ بِعَبدٍ، فَوَلَدَتْ أولاداً، فَجَنَى الأولادُ، فَعَقْلُهُم على مَوالي الأمِّ، فإنْ أُعتِقَ الأبُ جَرَّ وَلاءَ الأولادِ إلى نَفسِهِ، ولا يَرجِعُونَ على عاقِلَةِ الأبِ بما عَقَلُوا.

ثمَّ النَّسَبُ إلى الآباءِ فكذلكَ الوَلاءُ.

والنِّسبةُ إلى مَوالي الأمِّ كانت لِعَدَمِ أهليَّةِ الأبِ ضرورةً، فإذا صارَ أهلاً عادَ الوَلاءُ إليه؛ كوَلَدِ المُلاعِنَةِ يُنسَبُ إلى قومِ الأمِّ ضرورةً، فإذا أكذَبَ المُلاعِنُ نفسَهُ يُنسَبُ إليه.

بخلافِ ما إذا أُعتِقَتِ المُعتدَّةُ عن مَوتٍ أو طلاقٍ، فجاءت بولدٍ لأقلَّ من سنتين من وقتِ المَوتِ أو الطَّلاقِ، حيثُ يكونُ الولدُ مولىً لِمَوالي الأمِّ وإنْ أُعتِقَ الأبُ؛ لِتَعذُّرِ إضافةِ العُلُوقِ إلى ما بعدَ الموتِ والطَّلاقِ البائنِ؛ لِحُرمةِ الوَطءِ، وبعدَ الطَّلاقِ الرَّجعيِّ لِما أنَّه يَصيرُ مُراجِعاً بالشَّكِّ، فأُسنِدَ إلى حالةِ النِّكاحِ، فكان الوَلَدُ موجوداً عند الإعتاقِ، فعَتَقَ مَقصُوداً.

(وفي الجامع الصَّغير: وإذا تَزوَّجتْ مُعتَقَةٌ بِعَبدٍ، فَوَلَدَتْ أولاداً، فَجَنَى الأولادُ، فَعَقْلُهُم على مَوالي الأمِّ)؛ لأنَّهم عَتَقُوا تَبَعاً لأمِّهم، ولا عاقِلَةَ لأبيهم ولا مَولَى، فأُلحِقُوا بِمَوالي الأمِّ ضَرورةً، كما في وَلَدِ المُلاعِنَةِ على ما ذكرنا.

(فإنْ أُعتِقَ الأبُ جَرَّ وَلاءَ الأولادِ إلى نَفسِهِ) لِما بيَّنَّا، (ولا يَرجِعُونَ على عاقِلَةِ الأبِ بما عَقَلُوا)؛ لأنَّهم حين عَقَلُوه كان الوَلاءُ ثابتاً لهم، وإنَّما يَثبُتُ للأب مقصوداً؛ لأنَّ سببَهُ مَقصودٌ، وهو العِتقُ.

= ولا يُوهَب».

وأخرجه الطبراني، وابنُ عدي في الكامل أيضاً من حديث ابن أبي أوفى. وابن عدي أيضاً في الكامل من حديث أبي هريرة.

وثمَّ قال: ولم أجِدْ في شيءٍ من طُرُق الحديث «ولا يُورَث».

وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ فَوَلَدَتْ له أولاداً، فَوَلاءُ أولادِها لِمَواليها عند أبي حنيفة، وهو قول محمد، وفي الجامعِ الصَّغيرِ: نِبْطِيٌّ كافرٌ تَزَوَّجَ بِمُعتَقَةٍ كافرةٍ، ثمَّ أسلَمَ النَّبطِيُّ ووَالَى رَجلاً، ثمَّ وَلَدَتْ أولاداً، قال أبو حنيفة ومحمد: مَوالِيهِم مَوالِي أمِّهِ، وقال أبو يوسف: مَوالِيهِم مَوالِي أبِيهِم ....

بخلافِ ولَدِ المُلاعِنَةِ إذا عَقَلَ عنه قَومُ الأمِّ، ثمَّ أكذَبَ المُلاعِنُ نفسَهُ، حيثُ يَرجِعُونَ عليه؛ لأنَّ النَّسبَ هنالك يَثبُتُ مُستنِداً إلى وقتِ العُلُوقِ، وكانوا مَجبورين على ذلك فَيَرجِعُون.

قال: (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ فَوَلَدَتْ له أولاداً، فَوَلاءُ أولادِها لِمَواليها عند أبي حنيفة، وهو قول محمد).

وقال أبو يوسف: حكمُهُ حكمُ أبيه؛ لأنَّ النَسَبَ إلى الأبِ كما إذا كان الأبُ عربيّاً، بخلاف ما إذا كان الأبُ عبداً؛ لأنَّه هالكٌ معنىً.

ولهما: أنَّ وَلاءَ العَتاقةِ قويٌّ مُعتَبَرٌ في حقِّ الأحكام، حتَّى اعتُبِرَتِ الكفاءةُ فيه، والنَّسَبُ في حقِّ العَجَم ضعيفٌ، فإنَّهم ضيَّعُوا أنسابَهُم، ولهذا لم تُعتَبَرِ الكفاءةُ فيما بينهم بالنَّسَب، والقويُّ لا يعارِضُهُ الضَّعيف.

بخلاف ما إذا كان الأبُ عربيّاً؛ لأنَّ أنسابَ العربِ قويَّةٌ مُعتَبَرَةٌ في حكمِ الكفاءةِ والعقلِ، كما أنَّ تناصُرَهم بها، فأغنَتْ عن الوَلاءِ.

قال رضي الله عنه: الخِلافُ في مُطلَقِ المُعتَقَةِ، والوَضعُ في مُعتَقَةِ العَرَبِ وقَعَ اتِّفاقاً.

(وفي الجامعِ الصَّغيرِ: نِبْطِيٌّ كافرٌ تَزَوَّجَ بِمُعتَقَةٍ كافرةٍ، ثمَّ أسلَمَ النَّبِطِيُّ ووَالَى رَجلاً، ثمَّ وَلَدَتْ أولاداً. قال أبو حنيفة ومحمد: مَوالِيهِم موالِي أمِّهِم. وقال أبو يوسف: مَوالِيهِم مَوالِي أبِيهِم)؛ لأنَّ الوَلاءَ وإنْ كان أضعَفَ فهو من جانبِ الأبِ، فصارَ كالمَولُودِ بينَ واحدٍ من المَوالي وبينَ العربيَّةِ[1].

---

(١) فإنَّ العَجَميَّ إذا تزوَّجَ بعربيَّةٍ، فوَلَدَتْ أولاداً، فإنَّهم يُنسَبون إلى قومِ أبيهم، فكذا إذا كانت مُعتَقَةً؛ لأنَّ النِّسبةَ إلى الأمِّ ضعيفةٌ. عناية.

وَوَلاءُ العَتاقةِ تَعصِيبٌ، وهو أحَقُّ بالمِيراثِ مِنَ العَمَّةِ والخالَةِ، فإنْ كانَ لِلمُعتَقِ عَصَبةٌ من النَّسَبِ فَهُوَ أولَى مِنَ المُعتِقِ، ....

ولهما: أنَّ وَلاءَ المُوالاةِ أضعَفُ حتَّى يَقبَلُ الفسخَ، ووَلاءُ العَتاقةِ لا يَقبَلُهُ، والضَّعيفُ لا يَظهَرُ في مُقابلةِ القويِّ.

وإنْ كان الأبوانِ مُعتَقَينِ، فالنِّسبةُ إلى قومِ الأبِ لأنَّهما استويا، والتَّرجيحُ لِجانبِهِ لِشَبَهِهِ بالنَّسبِ، أو لأنَّ النُّصرةَ به أكثَرُ.

قال: (وَوَلاءُ العَتاقةِ تَعصِيبٌ، وهو أحَقُّ بالمِيراثِ مِنَ العَمَّةِ والخالَةِ)؛ لقوله ﷺ للذي اشتَرَى عبداً فأعتَقَه: «هو أخوك ومَولاكَ، إنْ شَكَرَكَ فهو خيرٌ له وشَرٌّ لك، وإنْ كفَرَكَ فهو خيرٌ لك وشَرٌّ له، ولو ماتَ ولم يَترُكْ وارثاً كنتَ أنتَ عَصَبَتَه»[(١)]، وَوَرَّثَ ابنَةَ حمزَةَ رضي الله عنها على سبيلِ العُصوبَةِ مع قيامِ وارثٍ[(٢)]، وإذ كان عصبةً تُقدَّمُ على ذوي الأرحام، وهو المَرويُّ عن عليٍّ رضي الله عنه[(٣)].

(فإنْ كانَ لِلمُعتَقِ عَصَبةٌ من النَّسَبِ فَهُوَ أولَى مِنَ المُعتِقِ)، لأنَّ المُعتِقَ آخِرُ العَصَباتِ، وهذا لأنَّ قوله ﷺ: «ولم يَترُكْ وارثاً» قالوا: المُرادُ منه وارِثٌ هو عصبة، بدليل الحديث الثَّاني، فتأخَّرَ عن العَصبةِ دونَ ذوي الأرحام.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب الفرائض، باب: الميراث بالولاء (١٢٧٥٦)، الدَّارميُّ في مسنده (٤/ ١٩٦٠) (٣٠٥٥): عن الحَسَن أنَّ رجلاً أتى النَّبيَّ ﷺ برجلٍ فقال: إنِّي اشتريتُ هذا فأعتَقْتُهُ، فما ترى فيه؟ قال: «أخوكَ ومَولاكَ، إنْ شَكَرَكَ فهو خيرٌ له، وشَرٌّ لك، وإنْ كفَرَكَ فهو شَرٌّ له، وخيرٌ لك»، قال: فما ترى في مالِهِ؟ قال: «إنْ ماتَ ولم يَترك وارثاً فلَكَ مالُهُ».

(٢) تقدم في ص (٧٣٥) انظر عند قوله ومات معتق لابنة ...

(٣) قال الزيلعي (٤/ ١٥٤): غريبٌ عن علي، وأخرجه عبد الرزاق عن زيد بن ثابت، فقال: أخبرنا مَعمَرٌ عن قَتادةَ عن زيد بن ثابت كان يُورِّثُ المَواليَ دونَ ذوي الأرحام.
وأخرج عن عليٍّ خلافَ ذلك، فقال: أخبرنا الثَّوريُّ أخبرني منصورٌ عن حصين عن إبراهيم، قال: كان عمرُ وابنُ مسعود يُورِّثانِ ذوي الأرحام دونَ الموالي، قلت: فعليُّ بنُ أبي طالب؟ فقال: كان أشَدَّهم في ذلك.

فإنْ كان لِلمُعتَقِ عَصَبةٌ من النَّسَبِ، فهو أولى وإنْ لم يكنْ له عَصَبَةٌ من النَّسَبِ فَمِيراثُهُ لِلمُعتِقِ. فإنْ ماتَ المَولَى ثمَّ ماتَ المُعتقُ، فَمِيراثُهُ لِبَني المَولَى دُونَ بَناتِهِ، وليس للنِّساء من الوَلاءِ إلَّا ما أعتقنَ، أو أعتَقَ مَنْ أعتَقْنَ، أو كاتَبْنَ أو كاتَبَ مَنْ كاتَبْنَ.

قال: (فإنْ كان لِلمُعتَقِ عَصبةٌ من النَّسَبِ، فهو أولى) لِما ذكرنا، (وإنْ لم يكنْ له عَصَبةٌ من النَّسَبِ فَمِيراثُهُ لِلمُعتِقِ)، تأويلُهُ: إذا لم يكنْ هناكَ صاحبُ فرضٍ ذو حال، أمَّا إذا كان فلَهُ الباقي بعد فَرضِهِ[1]؛ لأنَّه عصَبَةٌ على ما روينا، وهذا[2] لأنَّ العصبةَ مَنْ يكونُ التَّناصُرُ به لبيت النِّسبةِ، وبالمَوالي الانتصارُ على ما مَرَّ، والعصبةُ يأخذُ ما بقي.

(فإنْ ماتَ المَولَى ثمَّ ماتَ المُعتقُ، فَمِيراثُهُ لِبَني المَولَى دُونَ بَناتِهِ، وليس للنِّساء من الوَلاءِ إلَّا ما أعتقنَ، أو أعتَقَ مَنْ أعتَقْنَ، أو كاتَبْنَ أو كاتَبَ مَنْ كاتَبْنَ)، بهذا اللَّفظ ورد الحديثُ عن النَّبيِّ ﷺ، وفي آخره «أو جَرَّ وَلاءُ مُعتَقِهِنَّ»[3] وصورةُ الجَرِّ

---

(١) ذكروا لهذه الجملة تأويلين:
أحدهما: أنَّ معنى قوله: «فرض ذو حال» سوى حالِ الفَرضِ، كالأبِ والجدِّ، فإنَّ لهما حالاً سوى حالِ الفَرضِ، وهي العُصوبةُ، أمَّا إذا كان فله، أي: فلمثل هذا الوارثِ الباقي بالعصوبة، وليس للمُعتِقِ شيءٌ.
والثاني: أنَّ معناه ذو حالٍ واحدٍ كالبنت، أمَّا إذا كان مِثلَ ذلك فُلِلمُعتِقِ الباقي بعد فَرضِ ذلك الوارثِ.
قال صاحب النهاية: والثَّاني أوجَهُ لأنَّه عَلَّلَ قوله: «فله الباقي بعد فرضه» بقوله: «لأنَّه عصبةٌ على ما روينا» وهو إشارةٌ إلى قوله: «ولو ماتَ ولم يَترُكْ وارثاً كنتَ أنتَ عصَبَتَه» وهو واضحٌ. عناية.

(٢) إشارة إلى قوله: «لأنَّه عصبة»، يعني: إنَّما كان عصبة لأنَّ العصبة ... إلخ.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ١٥٤):
غريب، وأخرجه البيهقي عن عليٍّ، وابنِ مسعود، وزيدِ بن ثابت أنَّهم كانوا يَجعلُونَ الوَلاءَ للكبيرِ من العَصبةِ، ولا يُورِّثون النِّساء مِنَ الوَلاءِ إلَّا ما أعتَقْنَ، أو أعتَقَ مَنْ أعتَقْنَ.
وأخرج أيضاً عن إبراهيم قال: كان عمرُ، وعليٌّ، وزيدُ بنُ ثابت لا يُورِّثونَ النِّساء من الوَلاءِ، إلَّا ما أعتَقْنَ.

وَلو تَرَكَ المَولَى ابناً وأولادَ ابنٍ آخَرَ، فَمِيراثُ المُعتَقِ لِلابنِ دونَ بني الابنِ؛ لأنَّ الوَلاءَ لِلكِبَرِ.

قَدَّمناها[١]، ولأنَّ ثُبوتَ المالكيَّةِ والقُوَّةِ في المُعتَقِ من جِهَتِها، فَيُنسَبُ الولاءُ إليها، ويُنسَبُ إليها مَنْ يُنسَبُ إلى مَولاها.

بخلافِ النَّسَبِ؛ لأنَّ سببَ النِّسبةِ فيه الفِراشُ، وصاحبُ الفراشِ إنَّما هو الزَّوجُ، والمرأةُ مملوكةٌ لا مالكةٌ.

وليس حكمُ مِيراثِ المُعتَقِ مَقصُوراً على بني المَولَى، بل هو لِعَصبتِهِ الأقرب فالأقرب؛ لأنَّ الوَلاءَ لا يُورَثُ، ويَخلُفُه فيه مَن تكونُ النُّصرةُ به، حتَّى لو ترك المَولَى أباً وابناً فالوَلاءُ للابنِ عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنَّه أقرَبُهما عُصوبةً، وكذلك الوَلاءُ للجَدِّ دونَ الأخِ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه أقرَبُ في العُصوبةِ عنده. وكذا الوَلاءُ لابنِ المُعتَقةِ حتَّى يَرِثُه[٢] دونَ أخيها؛ لِما ذكرنا[٣]، إلَّا أنَّ عَقْلَ جنايةِ المُعتَقِ على أخيها؛ لأنَّه مِنْ قَومِ أبيها، وجِنايتُهُ كجِنايَتِها.

(ولو تَرَكَ المَولَى ابناً وأولادَ ابنِ آخَرَ)، معناه: بني ابنٍ آخر (فَمِيراثُ المُعتَقِ لِلابنِ دونَ بني الابنِ؛ لأنَّ الوَلاءَ لِلكِبَرِ)، هو المرويُّ عن عدَّةٍ من الصَّحابةِ رضي الله عنهم،

= وأخرج ابن أبي شيبة في مصنَّفه عن الحسن أنَّه قال: «لا يَرِثُ النِّساءُ من الوَلاءِ إلَّا ما أعتَقْنَ، أو أعتَقَ مَنْ أعتَقْنَ»، وأخرج عن عمرَ بنِ عبدِ العزيز، قال: «لا تَرِثُ النِّساءُ من الوَلاءِ إلَّا ما أعتَقْنَ، أو كاتَبْنَ»، وأخرج نحوه عن ابن سيرين، وابنِ المُسيِّب، وعطاءٍ، والنَّخعيِّ، وأخرج عن عليٍّ، وعمرَ، وزيدٍ أنَّهم كانوا لا يُورِّثون النِّساءَ من الوَلاءِ، إلَّا ما أعتَقْنَ.

(١) أراد قوله: «فإنْ وَلَدَتْ بعدَ عِتْقِها لأكثَرَ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ وَلَداً ...» إلى قوله: «فإنْ أُعتِقَ الأبُ جَرَّ وَلاءَ ابنِهِ، وانتَقَلَ عن مَوالي الأمِّ إلى مَوالي الأبِ» انظر ص (٧٣٧).

(٢) الضَّمير يرجع إلى المعتَقِ.
وصورته: امرأةٌ أعتقَتْ عبداً، ثمَّ ماتت وتركت ابناً وأخاً، ثمَّ مات العبدُ ولا وارثَ له غيرُهما، فالميراث لابنها دونَ أخيها. بناية.

(٣) أي: من أنَّه أقربُ عصوبةً.

منهم: عمرُ وعليٌّ وابنُ مسعود وغيرُهم ﵃ أجمعين[1]، ومعناه: القُرْبُ على ما قالوا، والصُّلبيُّ أقربُ.

---

(١) تقدَّم قريباً ص (٧٤١) ت (٣) للبيهقي عن عليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وزيدِ بنِ ثابتٍ أنَّهم كانوا يَجعلُونَ الوَلاءَ للكبير من العصبة، ورواه عبدُ الرَّزاق في مصنَّفِه عن إبراهيم أنَّ عمر، وعلياً، وزيدَ بنَ ثابتٍ كانوا يَجعَلُون الوَلاءَ للكبير.
ورواه الدارمي في مسنده عن الشَّعبيِّ عن عمر، وعليٍّ، وزيدٍ أنَّهم قالوا: «الوَلاءُ للكبير»، قال: يَعنُونَ بالكبير ما كان أقرَبَ بأمٍّ وأبٍ.

فصل في ولاء الموالاة

وإذا أسلَمَ رَجُلٌ على يَدِ رَجلٍ ووَالاهُ على أنْ يَرِثَهُ ويَعقِلَ عنه، أو أسلَمَ على يَدِ غَيرِهِ ووَالاهُ، فالوَلاءُ صحيحٌ، وعَقْلُهُ على مَولاهُ، فإنْ ماتَ ولا وارِثَ له غَيرُهُ فَمِيراثُهُ لِلمَولَى، ....

(فصل في ولاء الموالاة[1])

قال: (وإذا أسلَمَ رَجُلٌ على يَدِ رَجلٍ ووَالاهُ على أنْ يَرِثَهُ ويَعقِلَ عنه، أو أسلَمَ على يَدِ غَيرِهِ ووَالاهُ، فالوَلاءُ صحيحٌ، وعَقْلُهُ على مَولاهُ، فإنْ ماتَ ولا وارِثَ له غَيرُهُ فَمِيراثُهُ لِلمَولَى).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: المُوالاةُ ليس بشيءٍ؛ لأنَّ فيه إبطالَ حقِّ بيتِ المالِ، ولهذا لا يصحُّ في حقِّ وارثٍ آخَرَ، ولهذا لا يصحُّ عندَهُ الوصيَّةُ بِجَميعِ المالِ، وإنْ لم يكنْ لِلمُوصِي وارثٌ لِحَقِّ بيتِ المالِ، وإنَّما يصحُّ في الثُّلثِ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡۚ﴾ [النِّساء: ٣٣]، والآيةُ في الموالاة. وسُئِلَ رسولُ اللهِ ﷺ عن رجلٍ أسلَمَ على يدِ رجلٍ آخَرَ ووالاهُ فقال: «هو أحَقُّ النَّاسِ به مَحياهُ ومَمَاتُهُ»[3] وهذا يُشيرُ إلى العقلِ والإرثِ في الحالتينِ

---

(١) صورةُ هذا الوَلاءِ: أن يتقدَّمَ رجلٌ ويُسلِمَ على يدي رجلٍ، ويقولُ له أو لِغَيرِهِ: «والَيتُكَ على أنّي إنْ مُتُّ فَمِيراثي لك، وإذا جَنيتُ فَعَقلي عليكَ وعلى عاقِلَتِكَ» وقَبِلَ الآخَرُ منه.

(٢) قال النووي في الروضة (٨/ ٤٣٢) الكتب العلمية: الولاءُ مختصٌّ بالإعتاق، فمَن أسلم على يديه إنسانٌ فلا ولاءَ له عليه، ومَن أعتق عن غيره بغير إذنه، وقع العِتقُ عن المُعتَقِ عنه، وله الولاء دون المُعتِق. اهـ.

(٣) أخرج أحمد (٤/ ١٠٢) (١٧٠٦٨)، والترمذي في الفائض، باب: ما جاء في ميراث الذي يسلم على يدي الرجل (٢١١٢)، وابن ماجه في الفرائض، باب: الرجل يسلم على يدي الرجل (٢٧٥٢)، وأبو داود في الفرائض، باب: في الرجل يسلم على يدي الرجل (٢٩١٨) واللَّفظُ له عن تميمٍ الدَّاري، قال: يا رسول الله ما السُّنَّة في الرَّجلِ يُسلِمُ على يدِ رجلٍ من المسلمين؟ قال: «هو أولى النَّاسِ بِمَحياهُ ومَماتِهِ».

وإنْ كانَ له وارِثٌ فهو أولى منه، وإنْ كانت عمَّةً أو خالَةً أو غَيرَهُما مِنْ ذَوِي الأرحامِ. ولِلمَولَى أنْ يَنتَقِلَ عنه بِوَلائِهِ إلى غَيرِهِ ما لم يَعقِلْ عنه، وإذا عَقَلَ عنه لم يَكُنْ لَهُ أنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلائِهِ إلى غَيرِهِ. وليس لِمَولَى العَتاقَةِ أنْ يُوالِيَ أحداً.

هاتينِ، ولأنَّ مالَهُ حقُّهُ فَيصرِفُهُ إلى حيثُ شاءَ، والصَّرفُ إلى بيتِ المالِ ضرورةُ عدَمِ المُستَحِقِّ، لا أنَّه مُستَحِقٌّ.

قال: (وإنْ كانَ له وارِثٌ فهو أولى منه، وإنْ كانت عمَّةً أو خالَةً أو غَيرَهُما مِنْ ذَوِي الأرحامِ)؛ لأنَّ المُوالاةَ عَقْدُهما فلا يَلزَمُ غيرَهُما، وذو الرَّحِمِ وارثٌ.

ولا بدَّ من شَرطِ الإرثِ والعَقلِ كما ذَكَر في الكتابِ؛ لأنَّه بالالتزامِ، وهو بالشَّرطِ.

ومِنْ شَرطِهِ[1]: أن لا يكونَ المَولَى من العَرَبِ؛ لأنَّ تَناصُرَهُم بالقبائلِ، فأغنى عن المُوالاة.

قال: (ولِلمَولَى أنْ يَنتَقِلَ عنه بِوَلائِهِ إلى غَيرِهِ ما لم يَعقِلْ عنه)؛ لأنَّه عقدٌ غيرُ لازِمٍ بِمنزلةِ الوَصيَّةِ، وكذا للأعلى أن يَتبرَّأَ عن وَلائِهِ لِعَدَمِ اللُّزومِ، إلَّا أنَّه يُشتَرَط في هذا[2] أن يكونَ بِمَحضَرٍ من الآخَرِ، كما في عَزلِ الوكيلِ قصداً.

بخلافِ ما إذا عَقَدَ الأسفَلُ مع غيرِهِ بغيرِ مَحضَرٍ من الأوَّلِ؛ لأنَّه فسخٌ حكميٌّ بِمَنزلةِ العَزْلِ الحكميِّ في الوكالةِ.

قال: (وإذا عَقَلَ عنه لم يَكُنْ لَهُ أنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلائِهِ إلى غَيرِهِ)؛ لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ الغيرِ، ولأنَّه قَضَى به القاضي، ولأنَّه بمنزلةِ عِوَضٍ نالَهُ، كالعِوَضِ في الهبة.

وكذا لا يَتحوَّلُ ولدُهُ، وكذا إذا عقَلَ عن وَلَدِهِ لم يكنْ لكلِّ واحدٍ منهما أن يَتَحَوَّلَ؛ لأنَّهم في حقِّ الوَلاءِ كشخصٍ واحدٍ.

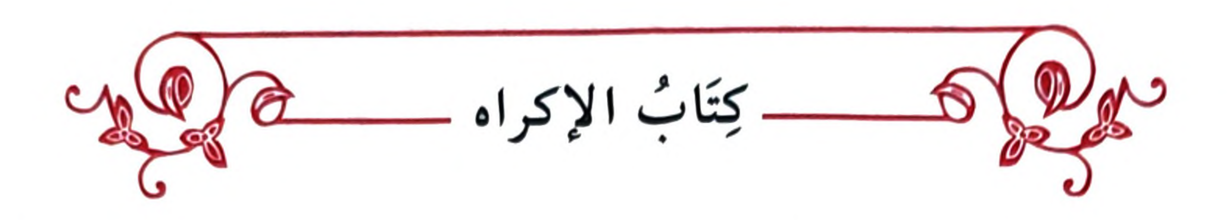
قال: (وليس لِمَولَى العَتاقَةِ أنْ يُوالِيَ أحداً)؛ لأنَّه لازِمٌ، ومع بقائِهِ لا يَظهَرُ الأدنى.

---

(١) أي: ومن شَرطِ صحَّةِ عقدِ الموالاة.

(٢) أي: فسخُ عقدُ الموالاة.

كتاب الإكراه



كِتَابُ الإكراه

الإكراهُ يَثبُتُ حُكْمُهُ إذا حَصَلَ مِمَّنْ يَقدِرُ على إيقاعِ ما تَوَعَّدَ به، سُلطاناً كان أو لِصَّاً. ....

(كتاب الإكراه[1])

قال: (الإكراهُ يَثبُتُ حُكْمُهُ إذا حَصَلَ مِمَّنْ يَقدِرُ على إيقاعِ ما تَوَعَّدَ به، سُلطاناً كان أو لِصَّاً)؛ لأنَّ الإكراهَ اسمٌ لِفِعلٍ يَفعَلُهُ المَرءُ بِغَيرِهِ، فَيَنتفي به رِضاهُ، أو يُفسِدُ به اختيارَهُ مع بَقاءِ أهليَّتِهِ، وهذا[2] إنَّما يَتحقَّقُ إذا خافَ المُكرَهُ تَحقيقَ ما تُوعِّدَ به، وذلك إنَّما يكونُ من القَادِرِ والسُّلطانِ وغَيرِهِ سِيانِ عندَ تحقُّقِ القُدرةِ.

والذي قاله أبو حنيفة: إنَّ الإكراهَ لا يَتحقَّقُ إلَّا من السُّلطانِ، لِما أنَّ المَنَعَةَ له، والقُدرَةُ لا تتحقَّقُ بدون المَنَعَةِ.

فقد قالوا: هذا اختلافُ عَصرٍ وزَمانٍ، لا اختلافُ حُجَّةٍ وبُرهانٍ، ولم تكنِ القُدرَةُ في زَمَنِهِ إلَّا لِلسُّلطانِ، ثمَّ بعد ذلك تغيَّرَ الزَّمانُ وأهلُهُ.

ثمَّ كما تُشتَرَطُ قُدرَةُ المُكرِهِ لِتَحقُّقِ الإكراهِ، يُشتَرَطُ خَوفُ المُكرَهِ وُقُوعَ ما يُهدَّدُ به، وذلك بأن يَغلِبَ على ظَنِّه أنَّه يَفعَلُه، لِيَصيرَ به مَحمولاً على ما دُعِيَ إليه من الفعل.

---

(١) الإكراهُ في اللُّغة:
عبارةٌ عن حَمْلِ الإنسان على شيءٍ يَكرَهُهُ، يقال: «أكرهتُ فلاناً» أي: حملته على أمرٍ يكرهُهُ.
وفي الاصطلاح هو ما سيذكره المصنِّفُ بعد أسطر بقوله: لأنَّ الإكراهَ اسمٌ لفعل يفعله ...

(٢) أي: ما ذكره من قوله: لأنَّ الإكراه اسمٌ لفعل ... إلخ.

وإذا أُكرِهَ الرَّجلُ على بَيعِ مالِهِ، أو على شِراءِ سِلعَةٍ، أو على أنْ يُقِرَّ لِرَجلٍ بألفٍ، أو يُؤاجِرَ دارَهُ، فَأُكرِهَ على ذلكَ بالقَتلِ، أو بالضَّربِ الشَّديدِ، أو بالحَبْسِ، فَباعَ أوِ اشتَرَى، فهو بالخيار: إنْ شاءَ أمضَى البيعَ، وإنْ شاءَ فَسَخَهُ ورَجَعَ بِالمَبِيعِ، ....

قال: (وإذا أُكرِهَ الرَّجلُ على بَيعِ مالِهِ، أو على شِراءِ سِلعَةٍ، أو على أنْ يُقِرَّ لِرَجلٍ بألفٍ، أو يُؤاجِرَ دارَهُ، فَأُكرِهَ على ذلكَ بالقَتلِ، أو بالضَّربِ الشَّديدِ، أو بالحَبْسِ، فَباعَ أوِ اشتَرَى، فهو بالخيار: إنْ شاءَ أمضَى البيعَ، وإنْ شاءَ فَسَخَهُ ورَجَعَ بِالمَبِيعِ)؛ لأنَّ من شَرطِ صحَّةِ هذه العُقودِ التَّراضي، قال الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النِّساء: ٢٩]، والإكراهُ بهذِهِ الأشياءِ يَعدِمُ الرِّضا فَيفسُدُ.

بخلاف ما إذا أُكرِهَ بِضَربِ سَوطٍ، أو حَبْسِ يوم، أو قَيْدِ يَومٍ؛ لأنَّه لا يُبالَى به بالنَّظرِ إلى العادَةِ، فلا يَتحقَّقُ به الإكراهُ، إلَّا إذا كانَ الرَّجلُ صاحِبَ مَنصِبٍ، يَعلَمُ أنَّه يَستَضِرُّ به لِفَواتِ الرِّضا.

وكذا الإقرارُ حُجَّةٌ[1] لِتَرجُّحِ جَنبَةِ الصِّدقِ فيه على جَنبَةِ الكَذِبِ، وعندَ الإكراهِ يَحتمِلُ أنَّه يَكذِبُ لِدَفعِ المَضرَّةِ[2].

ثُمَّ إذا باعَ مُكرَهًا وسَلَّمَ مُكرَهاً يَثبُتُ به المِلكُ عندنا، وعند زفر: لا يَثبُتُ؛ لأنَّه بيعٌ موقوفٌ على الإجازةِ، ألا ترى أنَّه لو أجازَ جازَ، والموقوفُ قبلَ الإجازةِ لا يُفيدُ المِلكَ.

ولنا: أنَّ رُكنَ البيعِ صَدَرَ من أهلِهِ مُضافاً إلى مَحَلِّهِ، والفسادُ لِفَقدِ شَرطِهِ، وهو التَّراضي، فصار كسائرِ الشُّروطِ المُفسِدَةِ، فَيَثبُتُ المِلكُ عندَ القبضِ، حتَّى لو قَبَضَه وأعتَقَه أو تَصرَّفَ فيه تَصرُّفاً لا يُمكِنُ نَقْضُهُ جاز، ويَلزَمُهُ القيمةُ

(١) معطوفٌ على قوله: «والإكراهُ بهذه الأشياءِ يَعدِمُ الرِّضا فَيَفسُدُ» أي: والإقرارُ أيضاً يَفسُدُ بالإكراهِ بهذه الأشياء، وذلك لأنَّ الإقرارَ إنَّما صارَ حُجَّةً في غيرِ الإكراهِ لِتَرجُّحِ جَنبَةِ الصِّدقِ.

(٢) أي: فلا يكون حجَّةً.

كما في سائرِ البَياعاتِ الفاسدةِ، وبإجازةِ المالِكِ يَرتفِعُ المُفسِدُ[١]، وهو الإكراهُ وعدَمُ الرِّضا، فيجوزُ، إلَّا أنَّه[٢] لا يَنقطِعُ به حقُّ استردادِ البائعِ وإنْ تَداوَلَتْه الأيدي ولم يَرْضَ البائعُ بذلك.

بخلافِ سائرِ البَياعاتِ الفاسدةِ؛ لأنَّ الفسادَ فيها لحَقِّ الشَّرعِ، وقد تعَلَّقَ بالبيعِ الثَّاني حقُّ العبدِ، وحقُّهُ مُقدَّمٌ لحاجته، أمَّا هاهنا الرَّدُّ لِحَقِّ العبدِ[٣]، وهما[٤] سواءٌ، فلا يَبطُلُ حقُّ الأوَّلِ لحقِّ الثَّاني.

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ومَنْ جَعَلَ البيعَ الجائزَ المُعتادَ[٥] بيعاً فاسداً، يَجعَلُهُ كبيعِ المُكرَهِ، حتَّى يَنقُضَ بيعَ المُشتري من غَيرِهِ؛ لأنَّ الفسادَ لِفَواتِ الرِّضا. ومنهم مَنْ جَعَلَه رَهناً لِقَصدِ المُتعاقِدَينِ[٦]، ومنهم مَنْ جعَلَهُ باطلاً اعتباراً بالهازِلِ[٧]، ومشايخُ سَمَرقَنْد رَحِمَهُمُ اللهُ جَعَلُوه بيعاً جائزاً مفيداً بعضَ الأحكامِ على ما هو المُعتادُ لِلحاجةِ إليه.

---

(١) جواب سؤال، هو: لو كان كسائرِ البَياعاتِ الفاسِدَةِ لَمَا عادَ جائزاً بالإجازة كهو. فأجاب بأنَّ بإجازة المالك يرتفع المُفسِد ... إلخ.

(٢) استثناءٌ من قوله: «كما في سائر البياعات الفاسدة»، فإنَّ في سائر البياعات الفاسدة إذا باع المشتري ما اشتراه بشراءٍ فاسدٍ، لم يَبقَ للبائعِ الأوَّلِ حَقُّ استردادِهِ، وهاهنا لا يَنقطِعُ بسببِ الإكراهِ حقُّ الاستردادِ لِلبائعِ وإنْ تَداوَلَتْهُ الأيدي، ولم يرضَ البائعُ بذلك. عناية.

(٣) وهو المُكرَه.

(٤) أي: البائعُ المُكرَهُ والمشتري الثَّاني.

(٥) يريدُ به بيعَ الوَفاءِ، وصورته: أن يقولَ البائعُ لِلمُشتري: «بِعتُ منكَ هذا العينَ بما لك عليَّ من الدَّينِ، على أنِّي متى قضيتُ الدَّينَ فهو لي»، أو يقول: «بِعتُ منكَ هذا العينَ بكذا، على أنِّي إنْ دفعتُ إليكَ ثمَنَه تدفَعُ العينَ إليَّ» وقد اختلف النَّاسُ فيه.

(٦) لأنَّهما وإنْ سمَّيا بيعاً لكن غَرَضُهما الرَّهنُ، والعبرةُ لِلمقاصِدِ والمعاني، ولا يَملِكُهُ المُرتهِنُ، ولا يُطلَقُ له الانتفاعُ إلَّا بإذن مالكِهِ، وهو ضامِنٌ لِما أكَلَ من ثَمَرِهِ واستَهلَكَه من عَينِهِ، والدَّينُ ساقِطٌ بِهلاكِهِ في يَدِهِ إذا كان وفَّى بالدَّين، ولا ضمانَ عليه في الزِّيادةِ إذا هَلَك بغير صُنعِهِ، وللبائعِ استردادُهُ إذا قَضَى دينَهُ، لا فرق عندنا بينَهُ وبينَ الرَّهن. عناية.

(٧) لأنَّهما تكلَّما بلفظِ البيعِ وليس قَصْدَهما، فكان لكلٍّ منهما أن يَفسَخَ بغيرِ رِضا صاحبِهِ، ولو أجاز أحَدُهما لم يَجُزْ على صاحِبِهِ. عناية.

فإنْ كان قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعاً فَقَد أجازَ البيعَ، وإنْ قَبَضَهُ مُكرَهاً فليس ذلك بإجازَةٍ، وعليه رَدُّهُ إنْ كان قائماً في يَدِهِ. وإنْ هَلَكَ المَبِيعُ في يدِ المُشتَرِي وهو غَيرُ مُكْرَهٍ، ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلبائِعِ، ولِلمُكرَهِ أنْ يُضَمِّنَ المُكرِهَ إنْ شاءَ.

قال: (فإنْ كان قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعاً فَقَد أجازَ البيعَ)؛ لأنَّه دليلُ الإجازةِ، كما في البيعِ الموقوفِ، وكذا إذا سَلَّمَ طائعاً، بأنْ كان الإكراهُ على البيعِ لا على الدَّفعِ؛ لأنَّه دليلُ الإجازةِ.

بخلافِ ما إذا أكرَهَهُ على الهبةِ ولم يَذكرِ الدَّفعَ، فوَهَبَ ودَفَعَ، حيثُ يكونُ باطلاً؛ لأنَّ مقصودَ المُكرِهِ الاستحقاقُ لا مُجرَّدَ اللَّفظِ، وذلك في الهبةِ بالدَّفعِ، وفي البيع بالعَقدِ على ما هو الأصل[1]، فدخَلَ الدَّفعُ في الإكراهِ على الهبةِ دونَ البيعِ.

قال: (وإنْ قَبَضَهُ مُكرَهاً فليس ذلك بإجازَةٍ، وعليه رَدُّهُ إنْ كان قائماً في يَدِهِ) لِفَسادِ العَقدِ.

قال: (وإنْ هَلَكَ المَبِيعُ في يدِ المُشتَرِي وهو غيرُ مُكرَهٍ، ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلبائِعِ) معناه: والبائعُ مُكرَهٌ؛ لأنَّه مضمونٌ عليه بْحكم عَقدٍ فاسدٍ.

(ولِلمُكرَهِ أنْ يُضَمِّنَ المُكرِهَ إنْ شاءَ)؛ لأنَّه آلةٌ له[2] فيما يَرجِعُ إلى الإتلافِ، فكأنَّه[3] دفَعَ مالَ البائعِ إلى المُشترِي، فيُضَمِّنُ[4] أيَّهما شاءَ كالغاصِبِ وغاصِبِ الغاصِبِ، فلو ضَمَّنَ المُكرَهَ رَجَعَ على المُشتري بالقيمةِ؛ لقيامِهِ مَقامَ البائع، وإنْ ضمَّنَ المُشتري نفَذَ كلُّ شراءٍ كان بعدَ شرائِهِ لو تَناسَخَتْهُ العُقودُ؛ لأنَّه ملَكَه بالضَّمانِ، فظَهَرَ أنَّه باع مِلكَهُ، ولا يَنفُذُ ما كان له قبلَهُ؛ لأنَّ الاستنادَ إلى وَقتِ قَبضِهِ.

---

(١) يعني: الأصلُ في البيعِ أن يَثبُتَ الاستحقاقُ بمجرَّدِ القعدِ من غير قَبضِ المعقود عليه.

(٢) أي: لأنَّ المكرَهَ آلةٌ للمُكرِهِ.

(٣) أي: كأنَّ المكرِهَ دَفعَ مالَ البائعِ المكرَهِ إلى المشتري.

(٤) أي: المكرَهُ.

فصل

وإنْ أُكرِهَ على أنْ يَأكُلَ المَيتَةَ أو يَشْرَبَ الخَمْرَ، إنْ أُكرِهَ على ذلك بِحَبسٍ أو ضَرْبٍ أو قَيدٍ، لم يَحِلَّ له إلَّا أنْ يُكرَهَ بِما يَخافُ منه على نَفسِهِ أو على عُضوٍ من أعضائِهِ، فإذا خافَ على ذلك وَسِعَهُ أنْ يُقْدِمَ على ما أُكرِهَ عليه. ولا يَسَعُهُ أنْ يَصبِرَ على ما تُوُعِّدَ به، فإنْ صَبَرَ حتَّى أَوْقَعُوا بِهِ ولم يَأكلْ، فهو آثِمٌ. ....

بخلافِ ما إذا أجازَ المالِكُ المُكرَهُ عقداً منها، حيث يَجوزُ ما قبلَهُ وما بعده؛ لأَنَّه أسقَطَ حقَّهُ، وهو المانعُ، فعاد الكلُّ إلى الجواز، والله أعلم.

(فصل)

(وإنْ أُكرِهَ على أنْ يَأكُلَ المَيتَةَ أو يَشْرَبَ الخَمْرَ، إنْ أُكرِهَ على ذلك بِحَبسٍ أو ضَرْبٍ أو قَيدٍ، لم يَحِلَّ له إلَّا أنْ يُكرَهَ بِما يَخافُ منه على نَفسِهِ أو على عُضوٍ من أعضائِهِ، فإذا خافَ على ذلك وَسِعَهُ أنْ يُقْدِمَ على ما أُكرِهَ عليه)، وكذا على هذا الدَّمُ ولحمُ الخنزيرِ؛ لأنَّ تَناولَ هذه المُحرَّماتِ إنَّما يُباحُ عندَ الضَّرورةِ، كما في المَخمَصَةِ؛ لِقيامِ المُحرِّمِ فيما وراءَها، ولا ضَرورةَ إلَّا إذا خافَ على النَّفسِ أو على العُضوِ، حتَّى لو خِيفَ على ذلكَ بالضَّربِ الشَّديدِ وغَلَبَ على ظَنِّهِ يُباحُ له ذلك.

(ولا يَسَعُهُ أنْ يَصبِرَ على ما تُوُعِّدَ به، فإنْ صَبَرَ حتَّى أَوْقَعُوا بِهِ ولم يَأكلْ، فهو آثِمٌ)؛ لأنَّه لمَّا أُبيحَ كان بالامتناعِ عنه مُعاوِناً لغيرِهِ على هَلاكِ نَفسِهِ، فَيَأثمُ كما في حالة المَخْمَصَةِ.

وعن أبي يوسف: أنَّه لا يأثَمُ؛ لأنَّه رُخصةٌ إذِ الحُرمةُ قائمةٌ فكان آخِذاً بالعَزيمةِ.

قلنا: حالةُ الاضطرارِ مُستثناةٌ بالنَّصِّ، وهو[1] تَكلَّمٌ بالحاصِلِ بعدَ الثُّنيا، فلا مُحرِّم، فكان إباحةً لا رُخصةً، إلَّا أنَّه إنَّما يأثَمُ إذا عَلِمَ بالإباحةِ في هذه

---

[1] أي: الاستثناء. بناية.

وإنْ أُكرِهَ على الكُفرِ باللهِ تعالى - والعياذُ باللهِ - أو سَبِّ رَسولِ اللهِ ﷺ بقَيدٍ أو حَبْسٍ أو ضَرْبٍ، لم يكنْ ذلك إكراهاً حتَّى يُكرَهَ بأمرٍ يَخافُ منه على نَفسِهِ أو على عُضْوٍ من أعضائِهِ، وإذا خافَ على ذلك وَسِعَهُ أنْ يُظهِرَ ما أَمَرُوهُ بِهِ ويُوَرِّي، فإنْ أظهَرَ ذلكَ وقَلبُهُ مُطمَئِنٌّ بالإيمانِ، فلا إثمَ عليهِ، ....

الحالةِ، لأنَّ في انكشافِ الحُرمةِ خفاءً، فَيُعذَرُ بالجَهلِ فيه، كالجَهلِ بالخطاب في أوَّلِ الإسلام، أو في دار الحربِ.

قال: (وإنْ أُكرِهَ على الكُفرِ باللهِ تعالى - والعياذُ باللهِ - أو سَبِّ رَسولِ اللهِ ﷺ بقَيدٍ أو حَبْسٍ أو ضَرْبٍ، لم يكنْ ذلك إكراهاً حتَّى يُكرَهَ بأمرٍ يَخافُ منه على نَفسِهِ أو على عُضْوٍ من أعضائِهِ)؛ لأنَّ الإكراهَ بهذه الأشياءِ ليس بإكراهٍ في شُربِ الخمرِ؛ لما مَرَّ، ففي الكُفرِ - وحُرمتُهُ أشَدُّ - أولى وأحرى.

قال: (وإذا خافَ على ذلك وَسِعَهُ أنْ يُظهِرَ ما أَمَرُوهُ بِهِ ويُوَرِّي، فإنْ أظهَرَ ذلكَ وقَلبُهُ مُطمَئِنٌّ بالإيمانِ، فلا إثمَ عليهِ)؛ لحديثِ عمَّار بنِ ياسر رضي الله عنه حينَ ابتُلِيَ به، وقد قال له النَّبيُّ ﷺ: «كيف وجدتَ قلبَكَ؟» قال: مُطمئِنّاً بالإيمان، فقال ﷺ: «فإنْ عادوا فعُدْ»، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦] الآية[1].

ولأنَّ بهذا الإظهارِ لا يَفوتُ الإيمانُ حقيقةً لقيامِ التَّصديقِ، وفي الامتناعِ فَوتُ النَّفسِ حقيقةً، فَيَسَعُهُ المَيلُ إليه.

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك (٢/ ٣٨٩) (٣٣٦٢) عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه، قال: أخذ المشركون عمَّارَ بنَ ياسر، فلم يَتركُوهُ حتَّى سبَّ النَّبيَّ ﷺ، وذكَرَ آلهتَهُم بخيرٍ، ثمَّ تَركُوه، فلمَّا أتى رسولَ اللهِ ﷺ قال له ﷺ: «ما وراءك؟» قال: شَرٌّ يا رسول الله، ما تُرِكتُ حتَّى نِلتُ منك، وذَكَرتُ آلهتَهُم بخيرٍ، قال: «فكيف تَجِدُ قلبَكَ؟» قال: مُطمئنّاً بالإيمان، قال: «فإنْ عادُوا فَعُدْ» وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

فإنْ صَبَرَ حتَّى قُتِلَ ولم يُظهِرِ الكُفرَ كان مَأجُوراً. وإنْ أُكرِهَ على إتلافِ مالِ مُسلِمٍ بِأمرٍ يَخافُ منه على نَفسِهِ أو على عَضْوٍ مِنْ أعضائِهِ، وَسِعَهُ أنْ يَفْعَلَ ذلك ولِصاحِبِ المالِ أنْ يُضَمِّنَ المُكرِهَ. وإنْ أكرَهَهُ بِقَتلِهِ على قَتْلِ غَيرِهِ، لم يَسَعْهُ أنْ يُقدِمَ عليه، ويَصبِرُ حتَّى يُقتَلَ، فإنْ قتَلَهُ كان آثِماً. والقِصاصُ على المُكرِهِ إنْ كان القَتْلُ عَمْداً.

قال: (فإنْ صَبَرَ حتَّى قُتِلَ ولم يُظهِرِ الكُفرَ كان مَأجُوراً)؛ لأنَّ خُبَيباً رضي الله عنه صَبَرَ على ذلك حتَّى صُلِبَ وسَمَّاهُ رسولُ اللهِ ﷺ سيِّدَ الشُّهداءِ، وقال في مِثلِهِ: هو رفيقي في الجنَّة[1]، ولأنَّ الحرمةَ باقِيَةٌ، والامتناعُ لإعزازِ الدِّينِ عَزِيمةٌ، بخلافِ ما تقدَمَ للاستثناء.

قال: (وإنْ أُكرِهَ على إتلافِ مالِ مُسلِمٍ بِأمرٍ يَخافُ منه على نَفسِهِ أو على عَضْوٍ مِنْ أعضائِهِ، وَسِعَهُ أنْ يَفْعَلَ ذلك)؛ لأنَّ مالَ الغيرِ يُستباحُ لِلضَّرورةِ، كما في حالة المَخمَصَةِ، وقد تَحقَّقت (ولِصاحِبِ المالِ أنْ يُضَمِّنَ المُكرِهَ)؛ لأنَّ المُكرَهَ آلَةٌ لِلمُكرِهِ فيما يَصلُحُ آلةً له، والإتلافُ من هذا القبيل.

(وإنْ أكرَهَهُ بِقَتلِهِ على قَتْلِ غَيرِهِ، لم يَسَعْهُ أنْ يُقدِمَ عليه، ويَصبِرُ حتَّى يُقتَلَ، فإنْ قتَلَهُ كان آثِماً)؛ لأنَّ قَتلَ المسلمِ مِمَّا لا يُستباحُ لِضَرورةٍ ما، فكذا بهذه الضَّرورة.

قال: (والقِصاصُ على المُكرِهِ إنْ كان القَتْلُ عَمْداً)، قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: يَجِبُ على المُكرَه. وقال أبو يوسف: لا يَجِبُ عليهما. وقال الشَّافعيُّ[2]: يجب عليهما.

---

(١) غريب، وقتلُ خُبَيب في صحيح البخاري في مواضع، وليس فيه أنَّه صُلِب، ولا أنَّه أُكرِه، ولا أنَّ النَّبيَّ ﷺ سمَّاه سيِّدَ الشُّهداء، ولا قال فيه: هو رفيقي في الجنة.

والمعروفُ في قوله ﷺ: «سيِّدُ الشُّهداء» أنَّه في حمزة، رواه الحاكم في المستدرك في الفضائل من حديث جابر، ومن حديث علي. انظر مزيد تفصيل في نصب الرَّاية (٤/ ١٥٩).

(٢) قال في المجموع (١٨/ ٣٩٠) وما بعدها، دار الفكر: إن أُكرِه رجلٌ على قتلِ رجلٍ بغير حقٍّ فقتَلَه، =

وإنْ أكرَهَهُ على طَلاقِ امرأتِهِ، أو عِتْقِ عَبدِهِ، فَفَعَلَ، وقَعَ ما أُكرِهَ عليه عندنا.

لِزُفر: أنَّ الفِعلَ من المُكرَهِ حقيقةً وحِسّاً، وقرَّرَ الشَّرعُ حُكمَهُ عليه، وهو الإثمُ، بخلافِ الإكراهِ على إتلافِ مالِ الغَيرِ؛ لأنَّه سَقَطَ حُكمُهُ، وهو الإثمُ، فأضيفَ إلى غيرِهِ.

وبهذا يَتمسَّكُ الشَّافعيُّ في جانبِ المُكرَهِ، ويُوجِبُه على المُكرِهِ أيضاً؛ لِوُجودِ التَّسبيبِ إلى القَتلِ منه، ولِلتَّسبيبِ في هذا حُكمُ المُباشَرَةِ عنده كما في شهود القصاص.

ولأبي يوسف: أنَّ القتلَ بَقِيَ مَقصوراً على المُكرَهِ من وجهٍ، نظَراً إلى التَّأثيم، وأضيف إلى المُكرِهِ من وجهٍ نَظَراً إلى الحَملِ[1]، فدَخَلَتِ الشُّبهةُ في كلِّ جانب.

ولهما: أنَّه محمولٌ على القَتلِ بِطَبعِهِ إيثاراً لحياتِهِ، فَيَصيرُ آلةً لِلمُكرِهِ فيما يَصلُحُ آلةً له، وهو القَتلُ، بأن يُلقِيهِ عليه، ولا يَصلُحُ آلةً له في الجنايةِ على دِينِهِ، فيبقى الفِعلُ مَقصوراً عليه في حقِّ الإثم، كما نَقولُ في الإكراه على الإعتاق، وفي إكراهِ المَجوسيِّ على ذَبحِ شاةِ الغيرِ، يَنتقِلُ الفِعلُ إلى المُكرِهِ في الإتلافِ، دونَ الذَّكاةِ حتَّى يَحرُم، كذا هذا.

قال: (وإنْ أكرَهَهُ على طَلاقِ امرأتِهِ، أو عِتْقِ عَبدِهِ، فَفَعَلَ، وقَعَ ما أُكرِهَ عليه عندنا)، خلافاً للشَّافعيِّ، وقد مرَّ في الطَّلاق[2].

= وجب القَوَدُ على المكرِهِ؛ لأنَّه تسبَّب إلى قتله بمعنى يُفضي إلى القتل غالباً، فأشبه إذا رماه بسهم فقتله، وأمَّا المكرَهُ ففيه قولان:

أحدهما: لا يجبُ عليه القَوَد، لأنَّه قتلَهُ لِلدَّفع عن نفسِهِ فلم يجب عليه القود، كما لو قصَدَه رجلٌ لِيَقتله فقتَلَه للدَّفع عن نفسه.

والثاني: أنَّه يجب عليه القودُ، وهو الصَّحيح، لأنَّه قتله ظلماً لاستبقاء نفسه. اهـ.

(١) أي: حملِ المكرَهِ عليه.

(٢) انظر (٢/ ١١٧) فصل في طلاق المُكرَهِ والسَّكران.

وَيَرجِعُ على الذي أكرَهَهُ بِقِيمةِ العَبدِ، وَيَرجِعُ بِنِصفِ مَهرِ المَرأةِ إنْ كانَ قَبْلَ الدُّخولِ، وإنْ لم يكنْ في العَقدِ مُسَمًّى يَرجِعْ على المُكرِهِ بما لَزِمَهُ مِنَ المُتعَةِ. ولو أُكرِهَ على التَّوكيلِ بالطَّلاقِ والعِتاقِ، فَفَعَلَ الوَكيلُ، جازَ استحساناً، ....

قال: (وَيَرجِعُ على الذي أكرَهَهُ بِقِيمةِ العَبدِ)؛ لأنَّه صَلُحَ آلةً له فيه من حيثُ الإتلافُ فَيُضافُ إليه، فله أنْ يُضَمِّنَه مُوسِراً كان أو مُعسِراً، ولا سِعايةَ على العبدِ؛ لأنَّ السِّعايةَ إنَّما تَجِبُ للتَّخريجِ إلى الحرِّيَّة، أو لِتَعلُّقِ حقِّ الغيرِ، ولم يُوجَد واحدٌ منهما، ولا يَرجِعُ المُكرِهُ على العبدِ بالضَّمانِ؛ لأنَّه مُؤاخَذٌ بإتلافِهِ.

قال: (وَيَرجِعُ بِنِصفِ مَهرِ المَرأةِ إنْ كانَ قَبْلَ الدُّخولِ، وإنْ لم يكنْ في العَقدِ مُسَمًّى يَرجِعْ على المُكرِهِ بما لَزِمَهُ مِنَ المُتعَةِ)؛ لأنَّ ما عليه كان على شَرَفِ السُّقُوطِ بأن جاءتِ الفُرقةُ مِنْ قِبَلِها، وإنَّما يتأكَّدُ بالطَّلاقِ، فكان إتلافاً لِلمالِ من هذا الوجهِ، فَيُضافُ إلى المُكرَهِ من حيثُ إنَّه إتلافٌ.

بخلاف ما إذا دَخَلَ بها؛ لأنَّ المهرَ قد تقرَّرَ بالدُّخولِ لا بالطَّلاق.

(ولو أُكرِهَ على التَّوكيلِ بالطَّلاقِ والعِتاقِ، فَفَعَلَ الوَكيلُ، جازَ استحساناً)؛ لأنَّ الإكراهَ مُؤثِّرٌ في فسادِ العقدِ، والوَكالةُ لا تَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ، ويَرجِعُ على المُكرِهِ استحساناً؛ لأنَّ مَقصودَ المُكرِهِ زوالُ مِلكِهِ إذا باشَرَ الوكيلُ.

والنَّذرُ لا يَعمَلُ فيه الإكراهُ؛ لأنَّه لا يَحتمِلُ الفَسخَ[1]، ولا رُجوعَ على المُكرِهِ بما لَزِمَهُ؛ لأنَّه لا مُطالِبَ له في الدُّنيا، فلا يُطالِبُ به فيها، وكذا اليمينُ والظِّهارُ[2]

(١) معناه: أنَّ كلَّ ما لا يُؤثِّرُ فيه الفَسخُ بعد وُقوعِهِ، لا يَعمَلُ فيه الإكراهُ من حيثُ مَنْعُ الصِّحَّةِ؛ لأنَّ الإكراهَ يُفوِّتُ الرِّضا، وفواتُ الرِّضا يُؤثِّرُ في عدَمِ اللُّزومِ، وعدَمُ اللُّزومِ يُمكِّنُ المُكرَهَ من الفَسخِ، فالإكراهُ يُمكِّنُ المُكرَهَ من الفَسخِ بعد التَّحقُّقِ، فما لا يَحتمِلُ الفَسْخَ لا يَعمَلُ فيه الإكراهُ، فيصحُّ النَّذرُ مع الإكراهِ، فإنْ أُكرِهَ على أن يُوجِبَ على نفسِهِ صَدَقةً لَزِمَه ذلك. عناية.

(٢) أي: وكذا إذا أُكرِه على يَمينٍ فحَلَفَ انعقَدَتْ، أو أُكرِهَ على أن يُظاهِرَ من زوجته فظاهر، صَحَّ، ولا يعمل فيهما الإكراه.

وإنْ أكرَهَهُ على الزِّنا وَجَبَ عليه الحَدُّ عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يُكرِهَهُ السُّلطانُ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يَلزَمُهُ الحَدُّ وإذا أكرَهَهُ على الرِّدَّةِ لم تَبِنِ امرأتُهُ منه.

لا يَعمَلُ فيهما الإكراهُ؛ لِعَدمِ احتمالِهما الفَسْخَ، وكذا الرَّجعةُ والإيلاءُ والفَيءُ فيه باللِّسانِ؛ لأنَّها تَصحُّ مع الهَزلِ.

والخُلعُ من جانبِ طلاقٌ أو يمينٌ[1] لا يَعمَلُ فيه الإكراهُ، فلو كانَ هو مُكرَهاً على الخُلعِ دُونَها لَزِمَها البدَلُ لِرِضاها بالالتزام[2].

قال: (وإنْ أكرَهَهُ على الزِّنا وَجَبَ عليه الحَدُّ عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يُكرِهَهُ السُّلطانُ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يَلزَمُهُ الحَدُّ) وقد ذكرناه في الحدود.

قال: (وإذا أكرَهَهُ على الرِّدَّةِ لم تَبِنِ امرأتُهُ منه)؛ لأنَّ الرِّدَّةَ تتعَلَّقُ بالاعتقادِ، ألا ترى أنَّه لو كان قلبُهُ مُطمئنّاً بالإيمانِ لا يُكفَرُ، وفي اعتقادِهِ الكفرَ شكٌّ، فلا تَثبُتُ البينونةُ بالشَّكِّ.

فإن قالت المرأةُ: «قد بِنتُ منكَ»، وقال هو: «قد أظهرتُ ذلك وقلبي مُطمَئِنٌّ بالإيمان» فالقولُ قولُهُ استحساناً؛ لأنَّ اللَّفظَ غيرُ موضوعٍ لِلفُرقةِ، وهي[3] بِتَبدُّلِ الاعتقادِ، ومع الإكراهِ لا يدلُّ على التَّبدُّلِ، فكان القولُ قولَهُ.

بخلافِ الإكراهِ على الإسلامِ حيثُ يَصيرُ به مُسلِماً؛ لأنَّه لمَّا احتَمَلَ واحتَمَلَ[4] رجَّحنا الإسلامَ في الحالين؛ لأنَّه يَعلُو ولا يُعلَى، وهذا[5] بيان الحكم، أمَّا فيما بينه وبين اللهِ تعالى إذا لم يَعتقِدْه فليس بمسلمٍ.

---

(١) أي: الخلعُ من جانب الزوج طلاقٌ أو يمينٌ، أمَّا كونُهُ طلاقاً، فالإكراهُ لا يمنع من وُقوعِ الطَّلاقِ بلا بدَلٍ، فكذا لا يمنع وقوعَ الطَّلاقِ ببدَلٍ. وأمَّا كونُهُ يميناً فَلِوُجودِ الشَّرطِ والجزاءِ، واليمينُ لا يَعمَلُ فيه الإكراه.

(٢) وذلك بإزاءِ ما سَلَّمَ لها من البينونة، ولا شيءَ على المُكرِهِ للزَّوجِ؛ لأنَّه أتلَفَ عليه ما ليس بمالٍ، وهو النِّكاحُ، فلا يضمن به. عناية.

(٣) أي: الفرقةُ.

(٤) أي: لمَّا احتمل أن يكونَ لفظُهُ موافقاً لاعتقاده، واحتمل أن لا يكون، رجحنا ... إلخ.

(٥) أي: ما ذكرنا من الحكمِ بإسلامِهِ مع الإكراه.

ولو أكره على الإسلام حتَّى حُكِمَ بإسلامِهِ، ثمَّ رَجَعَ، لم يُقتَلْ لِتَمكُّنِ الشُّبهةِ، وهي دارئةٌ للقتل.

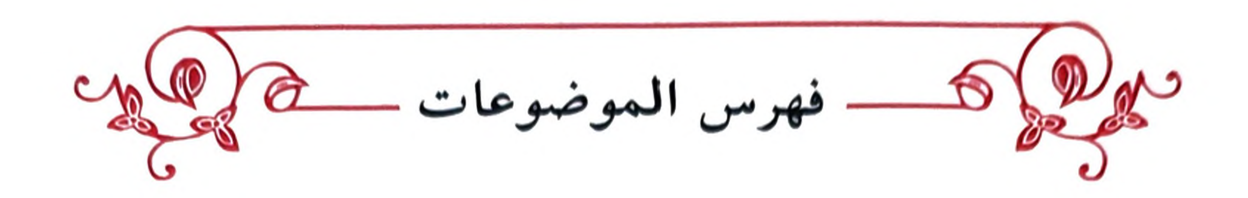
ولو قال الذي أُكرِهَ على إجراءِ كَلمةِ الكُفرِ: «أخبَرْتُ عن أمرٍ ماضٍ ولم أكن فعلتُ» بانَتْ منه حُكماً لا ديانةً؛ لأنَّه أقرَّ أنَّه طائعٌ بإتيانِ ما لم يُكرَهْ عليه، وحكمُ هذا الطَّائعِ ما ذكرناه.

ولو قال: «أردتُ ما طُلِبَ منِّي، وقد خَطَر بِبالي الخبَرُ عمَّا مَضَى» بانَتْ ديانةً وقضاءً، لأنَّه أقرَّ أنَّه مُبتدِئٌ بالكفر، هازلٌ به حيثُ عَلِمَ لنفسه مَخلَصاً غيرَهُ.

وعلى هذا إذا أُكرِهَ على الصَّلاةِ لِلصَّليبِ، وسَبِّ محمَّدٍ النَّبيِّ ﷺ، ففَعَلَ وقال: «نويتُ به الصَّلاةَ لله تعالى، ومحمَّداً آخَرَ غيرَ النَّبيِّ ﷺ» بانت منه قضاءً لا ديانةً.

ولو صلَّى للصَّليبِ وسَبَّ محمَّداً النَّبيَّ ﷺ، وقد خَطَر ببالِهِ الصَّلاةُ لله تعالى وسَبُّ غيرِ النَّبيِّ ﷺ، بانت منه ديانةً وقضاءً لما مرَّ، وقد قرَّرناه زيادةً على هذا في كفاية المنتهي، والله أعلم.





فهرس الموضوعات

كتاب البيوع ٥-١٩٠

(١) أي: أحكام البيع الفاسد.